

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGDireito
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**A PRISÃO TEMPORÁRIA E A INSTRUMENTALIDADE
MATERIAL DO PROCESSO: OS REFLEXOS JURÍDICO-
POLÍTICOS DO JULGAMENTO DAS ADIS N. 3360 E N. 4109**

GIBRAN PEDRO PEREIRA

Passo Fundo/RS, 2024.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPG Direito
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**A PRISÃO TEMPORÁRIA E A INSTRUMENTALIDADE
MATERIAL DO PROCESSO: OS REFLEXOS JURÍDICO-
POLÍTICOS DO JULGAMENTO DAS ADIS N. 3360 E N. 4109**

GIBRAN PEDRO PEREIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF,
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Gabriel Antinolfi Divan

Passo Fundo/RS, 2024.

P436p Pereira, Gibran Pedro

A prisão temporária e a instrumentalidade material do processo [recurso eletrônico] : os processos jurídico- políticos do julgamento das ADIs n. 3361 e n. 4109 / Gibran Pedro Pereira. – 2024.

723 KB : PDF.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Passo Fundo, 2024.

1. Prisão temporária. 2. Estado de direito. 3. Processo penal. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 5. Ações de inconstitucionalidade. I. Divan, Gabriel Antinolfi, orientador. II. Título.

CDU: 343.1(81)

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“A PRISÃO TEMPORÁRIA E A
INSTRUMENTALIDADE MATERIAL DO PROCESSO:
OS REFLEXOS JURÍDICO-POLÍTICOS DO
JULGAMENTO DAS ADIS N. 3360 E N. 4109”**

Elaborada por

GIBRAN PEDRO PEREIRA

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito”
Área de Concentração – Novos Paradigmas do Direito

APROVADO COM LOUVOR


Pela Comissão Examinadora em: 21/02/2024



Dr. Gabriel Antinolfi Divan
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito



Dra. Josiane Petry Faria
Membro interno



Dr. Vinicius Borges Fortes
Membro externo



AGRADECIMENTOS

O curso de Pós-Graduação Estrito Senso é, sem dúvida, uma daquelas conquistas que ocorre após muita dedicação e empenho.

Essa conquista decorre não só do empenho do mestrando, mas de muitas pessoas que também se empenharam para que ao final dos requisitos o aluno atinja o grau.

Necessário, portanto, agradecer aos que me acompanharam durante todo este período, direta ou indiretamente, e que fizeram este sonho possível de se realizar: meu orientador Gabriel Divan, professor Linton Pilau Sobrinho - que representa todo o PPG e não me deixou desanimar/desistir; colegas que se transformaram em grandes amigos, que abrilhantaram esta jornada, como a Ana Júlia, Lilia. Agradeço a Laís Assumpção pela coorientação realizada. Agradeço a Krishna, pela possibilidade de traçar uma trajetória consciente de o que é real e o que é transitório, com base nos estudos da literatura milenar indiana.

Meu muito obrigado a vocês!

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo/RS, dezembro de 2023.

Gibran Pedro Pereira

Mestrando

ROL DE CATEGORIAS

Prisão e Pena: O foco de análise das prisões e da pena se dará de forma mais ampla e passará necessariamente sobre o enfoque da teoria do utilitarismo jurídico-penal tanto num aspecto negativo quanto positivo.

Estado de Direito: Utilizar-se-á como categoria básica da legitimidade do Estado de Direito, portanto, dois nexos que ligam o positivismo jurídico ao sistema político, sendo um de índole estrutural e outro de aspecto instrumental dentro da teoria garantista ferrajoliana. Neste modelo, onexo estrutural se relaciona com o princípio da legalidade em dois âmbitos de análise, ou seja, de forma lato sensu, denominada de formal ou propriamente legal e de maneira stricto sensu, isto é, substancial ou constitucional.

Instrumentalidade Material: O conceito operacional adotado é o elaborado por Aury Lopes Jr, que discute a natureza diversificada do processo, porquanto transcende uma função meramente jurídica ou processual. Destaca-se que o processo não é apenas um meio para resolver disputas ou satisfazer reivindicações legais, pois também deve ser considerado em um contexto mais amplo, abrangendo objetivos sociais e políticos. Assim, a essência deste argumento é que o processo deve ser entendido não como um objetivo final, mas como um meio para atingir um propósito mais amplo. Este propósito vai além do escopo estritamente jurídico, abrangendo aspectos materiais e processuais do direito. Portanto, o processo deve ser direcionado para cumprir objetivos que transcendem o legal, incluindo metas sociais e políticas, refletindo assim uma dimensão metajurídica da jurisdição e do próprio processo.

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO	10
1 RELAÇÕES SOCIAIS, DEMOCRACIA E ESTRUTURAS DE PODER.....	13
1.1 ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL E ESTRUTURAS DE PODER.....	13
1.2 INSTRUMENTALIDADE, POLÍTICA E GARANTISMO.....	26
2 PRISÃO E ORDEM PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	42
2.1 PRISÃO CAUTELAR: UMA GENEALOGIA DO PODER ESTATAL	43
2.2 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA	59
3 NEOCONSTITUCIONALISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO E PRISÃO TEMPORÁRIA	73
3.1 PRISÃO PROVISÓRIA:.....	73
3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PARADOXO JURÍDICO-POLÍTICO DA NOVA INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA PELO STF.....	87
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIA DAS FONTES PESQUISADAS	102

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, tendo como tema a prisão temporária e a decisão do STF nas ADIs 3360/DF e 4109/DF e a instrumentalidade material do processo. O tema detém alicerce na seguinte problemática: Quais os possíveis reflexos jurídico-político da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs n. 3360 e n. 4109, da prisão temporária frente ao princípio da instrumentalidade material do processo? O objetivo geral é analisar as decisões das ADIs frente à constitucionalidade e instrumentalidade material (a) desenvolver o estudo das relações de poder que moldam a sociedade, a instrumentalidade e o garantismo; (b) analisar a conspeção de garantia da ordem pública (c) verificar a decisão do STF e seus possíveis reflexos jurídico-político. Utilizou-se como conceito base a teoria garantista de Ferrajoli. Através do método dedutivo, foi possível concluir que apesar das decisões do STF e da Lei 12.403/2011, a realidade prática indica que a prisão temporária continuará sendo usada de maneira extensiva, muitas vezes como resposta às pressões sociais por segurança, ao invés de ser um último recurso, conforme preconiza a teoria garantista. Isso reflete a necessidade de um esforço contínuo para alinhar a teoria e a prática no sistema de justiça penal, considerando os desafios associados à mudança de práticas judiciais enraizadas e a mentalidade dos operadores do direito.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Garantismo. Instrumentalidade material. Prisão temporária. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This dissertation falls within the Research Line of Social Relations and Dimensions of Power, focusing on temporary imprisonment and the Brazilian Supreme Court's (STF) decision on ADIs 3360/DF and 4109/DF, as well as the material instrumentality of the process. The study is grounded in the following question: What are the possible legal-political repercussions of the Supreme Court's decision on ADIs no. 3360 and no. 4109 regarding temporary imprisonment in light of the principle of material instrumentality of the process? The main objective is to analyze the decisions of the ADIs in terms of constitutionality and material instrumentality, aiming to (a) explore the power relations that shape society, instrumentality, and garantism; (b) examine the concept of public order guarantee; (c) assess the STF's decision and its potential legal-political impacts. Ferrajoli's garantist theory was used as the foundational concept. Through deductive reasoning, it was concluded that despite the STF's decisions and the enactment of Law 12.403/2011, practical reality indicates that temporary imprisonment will continue to be used extensively, often as a response to social demands for security, rather than as a last resort as advocated by garantist theory. This reflects the need for a continuous effort to align theory and practice in the criminal justice system, considering the challenges associated with changing entrenched judicial practices and the mindset of legal operators.

Keywords: Constitutionality. Garantism. Material Instrumentality. Temporary Imprisonment. Brazilian Supreme Court (STF).

INTRODUÇÃO

Esta dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito, e visa investigar os possíveis reflexos jurídico-políticos das decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3360 e n. 4109, com foco na prisão temporária e sua congruência com o princípio da instrumentalidade material do processo. A relevância deste estudo reside na necessidade de compreender como as alterações na jurisprudência do STF impactam a prática jurídica e as liberdades individuais, em um contexto em que as decisões judiciais influenciam profundamente a dinâmica social e política.

A justificativa para esta pesquisa reside na sua capacidade de oferecer uma análise valiosa sobre o nexos entre a lei e a prática judicial, contribuindo para um entendimento mais profundo do Estado de Direito e da democracia no Brasil. Utilizando o método dedutivo, este estudo se propõe a analisar criticamente as implicações dessas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), tanto do ponto de vista jurídico quanto dos efeitos sociais e políticos, fornecendo uma perspectiva abrangente sobre um tema de extrema importância na atualidade.

O ponto central desta pesquisa propõe responder esta problemática: Quais os possíveis reflexos jurídico-político da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs n. 3360 e n. 4109, da prisão temporária frente ao princípio da instrumentalidade material do processo? As hipóteses levantadas para este problema refletem o dualismo na interpretação das normas de prisão temporária.

A primeira hipótese, afirmativa, pode ser justificada a partir da previsão dos novos requisitos impostos pelo STF, que, ao estabelecê-los, impede o uso arbitrário da prisão, principalmente do ponto de vista material, proibindo o uso da prisão para interrogatório, assim como a prisão decorrente da falta de residência fixa do investigado. Portanto, está em consonância com os preceitos democráticos e constitucionais.

A segunda hipótese, negativa, deve-se ao fato de que, apesar de o STF ter fixado novos requisitos para a decretação da prisão temporária, tratando-se de

uma norma excepcionalíssima, a decisão não supre a inconstitucionalidade no que diz respeito à instrumentalidade material. Isso ocorre porque a decisão deixa de estabelecer critérios objetivos para sua decretação, sendo que a mera referência ao art. 312, §2º, do Código de Processo Penal – que deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada -, não corrige essa falha.

O método dedutivo será adotado para a análise do tema, visto que se alinha de maneira mais eficaz ao objetivo inicialmente proposto para a elaboração de reflexões generalistas centradas no campo filosófico, especialmente no que concerne aos aspectos jurídico-políticos. Portanto, é por meio desta metodologia que se pretende alcançar uma compreensão mais aprofundada sobre o impacto e as consequências das decisões judiciais paradigmáticas.

Para tanto, no Capítulo 1, abordar-se-á as relações sociais, democracia e estruturas de poder, destacando a importância de entender a estratificação social e as dinâmicas de poder no contexto das decisões judiciais, buscando examinar como ocorre as dinâmicas de estratificação social e as estruturas de poder dentro de uma sociedade capitalista. Além disso, para tornar possível compreender o processo de aplicação e interpretação das leis, é necessário discorrer sobre a instrumentalidade e o garantismo político, que proporcionará a base teórica e um contexto essencial para entender as bases do poder estatal e suas implicações na prisão temporária. A análise deste capítulo permitirá avaliar o cenário socioeconômico e político em que as decisões do STF são tomadas e suas implicações na estrutura social.

O Capítulo 2 se discorre sobre a prisão e a ordem pública no Estado Democrático de Direito, trazendo uma análise crítica da genealogia do poder estatal e da garantia da ordem pública. Aqui, aprofundar-se-á, na medida do possível, como o histórico autoritário do poder estatal, desde o estadonovista da era Vargas, e sua relação com a garantia da ordem pública, especialmente no contexto da prisão cautelar. Este capítulo visa esclarecer como o processo penal e, especificamente, a prisão cautelar se enquadram como instrumento de manutenção da ordem pública dentro do Estado Democrático de Direito; o que permitirá avaliar como essas implicações se relacionam com a atuação do STF.

Já o Capítulo 3 busca compreender o histórico das prisões temporárias, a edificação da Lei nº. 7.960/89, bem como o julgamento das ADIs 3360 e n. 4109 pelo STF, primordialmente frente aos parâmetros do neoconstitucionalismo e à instrumentalidade material do processo, uma área chave na compreensão das tensões entre lei, ordem e direitos individuais. A construção deste capítulo buscará proporcionar uma compreensão crítica do impacto destas decisões nas práticas jurídicas e políticas, avaliando como elas se alinham ou divergem dos princípios democráticos e constitucionais.

CAPÍTULO 1

RELAÇÕES SOCIAIS, DEMOCRACIA E ESTRUTURAS DE PODER

As relações sociais e as estruturas de poder formam a base sobre a qual se constroem as práticas jurídicas e políticas em uma sociedade. É a partir desta concepção que este capítulo busca analisar a forma com que a estratificação social influencia e é influenciada pelas estruturas de poder, utilizando a teoria de Darcy Ribeiro como ponto de partida.

Ribeiro, em sua obra "O Dilema da América Latina", fornece uma análise profunda das desigualdades estruturais herdadas do colonialismo e perpetuadas pelas elites locais. Esta perspectiva é essencial para entender como a estratificação social é criada, além de demonstrar como essas dinâmicas históricas moldam a aplicação da justiça e a instrumentalidade do processo penal.

O capítulo se divide em dois subcapítulos: primeiro, explora-se a estratificação social e as estruturas de poder, delineando a base que será adotada ao longo da pesquisa; em seguida, discute-se a instrumentalidade política e o garantismo, estabelecendo uma conexão entre a teoria social e as práticas jurídicas contemporâneas.

1.1 ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL E ESTRUTURAS DE PODER

Para compreender a relação existente entre a ordem política legal e a atuação do STF no julgamento das ADIs objeto de estudo, é imprescindível tecer algumas considerações sobre a forma de organização e da estratificação social o que possibilitará avaliar os possíveis impactos da decisão no corpo social.

Após, em um segundo momento neste capítulo, será desenvolvido um estudo sobre a correlação ente instrumentalidade, política e garantismo com o objetivo de identificar a matriz teórica que embasará essa pesquisa.

Nesse sentido, é reconhecido que a cada formação econômico-social corresponde uma determinada estrutura de estratificação social e que, mesmo dentro

de uma única formação, as classes sociais podem variar em diferentes estágios de seu desenvolvimento.

Dessa maneira, Darcy Ribeiro¹ formata uma tipologia interessante, pois, ao em vez de aplicar esquemas teóricos desenvolvidos a partir da análise de diferentes contextos históricos à realidade da América Latina, o autor busca construir uma conceituação própria baseada na observação direta da realidade atual e na análise da formação das classes sociais latino-americanas, feita a partir da compreensão da estratificação social nas metrópoles ibéricas e do exame das mudanças que ocorreram posteriormente.

A tipologia desenvolvida pelo autor torna-se essencial à presente pesquisa na medida em que permite a compreensão local das formas de estratificação social. Se, por um lado, não se ignoram os traços sociais enraizados por ocasião da colonização europeia, por outro, há de se convir que a América Latina, ao longo do tempo, vem apresentando suas próprias características e, mesmo que de forma miscigenada, segmenta-se da origem colonial.

Para a avaliação da conjuntura social, não é possível deixar de considerar a relação entre a distribuição de poder e a desigualdade econômica. Nesse sentido, a abordagem marxista traz um enfoque interessante entre dois segmentos sociopolíticos interligados:

A primeira perspectiva considera a relação acima da burguesia local, que se encontra o setor dominante formado por gestores de corporações internacionais, executivos e tecnocratas responsáveis pelas políticas econômicas do Estado, além dos controladores do comércio exterior, produtos de exportação, patentes industriais, bancos e entidades financeiras. Aliás, mesmo não sendo proprietários de empresas multinacionais, seus gerentes exercem uma certa hegemonia sobre as classes dominantes e subordinadas, as quais são economicamente dependentes e politicamente atreladas ao capital.²

¹ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina: estruturas de poder e forças insurgentes**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

² VASCONCELLO, Gilberto Felisberto. Estruturas de poder e estratificação social no Brasil: leitura e crítica da sociologia política de Darcy Ribeiro. **Locus - Revista de história**, Juiz de Fora, v.25, n. 2, p. 275-289, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.34019/2594-8296.2019.v25.28223>. Acesso

Todavia, na base da estrutura social, abaixo da classe trabalhadora, incluindo os trabalhadores rurais assalariados, classificados como “classe subalterna”, superexplorada, mas institucionalmente inserida no sistema produtivo moderno, estão as maiorias populacionais originárias de modos de vida arcaicos, incluindo ex-descendentes de escravos, indígenas e mestiços. Estes grupos não conseguem inserção regular no mercado de trabalho, constituindo os excedentes de mão-de-obra, despossuídos, deserdados e excluídos do sistema de salários, considerados os marginais da estratificação social.³

Essa visão marxista da estratificação social está mais intimamente relacionada à economia, principalmente ao conceber a luta de classe na ordem capitalista⁴, inobstante existirem outros fatores a serem considerados no processo de estratificação, conforme se percebe em Weber⁵. No entanto, independentemente do ponto de partida, sabe-se que a querela econômica, quando não está no núcleo, circunda os problemas que envolvem a questão social.

A massa excedentária, situada no segmento mais baixo do proletariado, representa o polo marginalizado, constituído pela população excedente, subempregada e sem emprego fixo, e se caracteriza por uma inserção incerta e

em 05 dez 2023, p. 277.

³ VASCONCELLO, Gilberto Felisberto. **Locus - Revista de história**, p. 278.

⁴ “Quanto maiores forem a riqueza social, o capital em funcionamento, o volume e o vigor de seu crescimento e, portanto, também a grandeza absoluta do proletariado e a força produtiva de seu trabalho, tanto maior será o exército industrial de reserva. A força de trabalho disponível se desenvolve pelas mesmas causas que a força expansiva do capital. A grandeza proporcional do exército industrial de reserva acompanha, pois, o aumento das potências da riqueza. Mas quanto maior for esse exército de reserva em relação ao exército ativo de trabalhadores, tanto maior será a massa da superpopulação consolidada, cuja miséria está na razão inversa do martírio de seu trabalho. Por fim, quanto maior forem as camadas lazentas da classe trabalhadora e o exército industrial de reserva, tanto maior será o pauperismo oficial. Essa é a lei geral, absoluta, da acumulação capitalista. Como todas as outras leis, ela é modificada, em sua aplicação, por múltiplas circunstâncias, cuja análise não cabe realizar aqui.” (Marx, Karl. **O Capital**, Livro 1. São Paulo: Boitempo, 1996, p. 875)

⁵ “O surgimento do poder econômico pode, antes pelo contrário, ser consequência de um poder já existente por outros motivos. E O 'Poder, por sua vez, não é buscado exclusivamente para fins econômicos (de enriquecimento), pois poder, também econômico, pode ser apreciado "por si mesmo", e, com muita freqüência, o empenho por ele está também condicionado pela "honra" social que traz consigo. Mas nem todo poder traz honra social. O típico *boss* americano bem como o típico especulador em grande escala renunciam a ela conscientemente, e, em geral, o "simples" poder econômico, particularmente o "meramente" monetário, de modo algum constitui um fundamento reconhecido da "honra" social. Por outro lado, o poder não é o único fundamento da honra social. Ao contrário, a honra social (o prestígio) pode ser, e com muita freqüência o foi, a base de poder, também daquele de natureza econômica. A ordem jurídica pode garantir, além do poder, também a honra.” (Weber, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 176).

precária no sistema produtivo. Quase metade da população brasileira, composta por pessoas em situação flutuante e desprovida de estabilidade, é vista como o setor mais explorado e oprimido da sociedade. Além disso, a estratificação social inclui setores intermediários, como pequenos empresários, funcionários, parceiros, minifundiários e profissionais liberais. Contudo, o aspecto distintivo dessa estrutura é a coexistência de dois extremos opostos: no topo, a classe dominante multinacional, acima da burguesia local, e, no extremo oposto, abaixo das classes subalternas, a massa oprimida e marginalizada.⁶

Em parte, pode-se dizer que isso decorre pelo fato de que os sistemas políticos estabelecidos após a independência começaram a enfrentar crises a partir da segunda década do século XX, perdendo sua capacidade de estabilização em praticamente toda a América Latina. Desde então, esses sistemas têm sido marcados por uma variedade de tensões que culminam em crises generalizadas. Percebe-se que a principal razão por trás desses desafios é a incapacidade histórica das classes dominantes tradicionais de guiar suas sociedades para um desenvolvimento sustentável e de atender às expectativas de progresso da população em geral.⁷

Na fase mais recente da civilização em desenvolvimento, se observa que o processo em questão está criando mais pessoas marginalizadas do que integradas à sociedade, gerando mais subemprego e desemprego do que empregos estáveis. Isso ocorre porque uma parcela crescente da força de trabalho está sendo excluída do sistema moderno de produção e consumo. Como resultado, a maioria da população é condenada a uma existência miserável e humilhante, que se estabelece como uma posição comum dentro da estrutura socioeconômica e da estratificação social⁸, refletindo a classe oprimida sempre mencionada por Marx.

Nesse sentido, as massas marginalizadas das economias dependentes, resultantes de uma incorporação histórica, configuram um caso à parte, pois, embora sofram de forma mais grave os efeitos da renovação das atividades produtivas, não se beneficiam dos mecanismos autocorretivos. Elas não são "exércitos de reserva" porque nunca foram incorporadas à força de trabalho tecnicada e não têm

⁶ VASCONCELLO, Gilberto Felisberto. **Locus - Revista de história**, 278.

⁷ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 101.

⁸ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 73.

perspectiva de absorção enquanto a ordenação social vigente prevalecer. Tampouco são um "lumpemproletariado", embora existam muitos vagabundos degradados pelas condições de existência. Não formam uma "superpopulação relativa" porque não têm oportunidades de imigração em massa, e dificilmente se poderia falar de excedente populacional em relação aos recursos necessários à sobrevivência dentro do sistema socioeconômico vigente.⁹

Assim, as lições sempre atuais de Darcy Ribeiro demonstram que as estruturas de poder e estratificação social se enquadram em uma teoria do subdesenvolvimento capitalista, tendo o marxismo como principal referencial. Gilberto Vasconcello salienta que, segundo essa perspectiva, a superpopulação relativa e o exército industrial de reserva se transformam, como é o caso brasileiro, em uma massa marginalizada situada abaixo da classe operária. Esta não seria uma condição passageira, mas uma anomalia estrutural característica dos países subdesenvolvidos da América Latina. A razão para a não absorção da força de trabalho (evidenciada pelo desemprego, subemprego e segmentos inativos) é encontrada na dependência da economia em relação aos centros dominantes do capitalismo global.¹⁰

Historicamente, nas regiões onde o subdesenvolvimento e a dependência se solidificaram, um aspecto digno de nota é o endurecimento da classe dominante, que não permite a emergência de uma camada equivalente à burguesia nacional autônoma com interesses divergentes dos estratos tradicionais e da exploração imperialista. Em vez de tal evolução, observa-se a fusão dos diferentes estratos da classe dominante em uma minoria estruturada para explorar conjuntamente as classes subalternas e oprimidas, impondo uma ordem institucional que atende às suas necessidades de manutenção do poder. Todavia, essa ordem não rompe a unidade dessa minoria, mas regula seus conflitos internos de interesses com dois objetivos principais: primeiro, consolidar formas de subordinação da força de trabalho ao patronato, seja por meio de alguma forma de escravidão, do assalariamento ou de outras formas; segundo, manter os laços externos essenciais para a viabilidade econômica das sociedades coloniais e neocoloniais.¹¹

⁹ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 72-73.

¹⁰ VASCONCELLO, Gilberto Felisberto. **Locus - Revista de história**, p. 279.

¹¹ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 105-106.

Atualmente, essa lógica não se altera; ao revés, se atualiza à nova ordem advinda com a globalização e a liberação das fronteiras a corporações transnacionais que, praticamente, dominam a economia mundial, e que não seria diferente na América Latina e no Brasil. Em outras palavras: “O campo político formado pelo ativismo insurgente atualiza alguns elementos desse período; porém, com nova composição social e com a radicalidade impulsionada pelas consequências da globalização econômica e do neoliberalismo”.¹²

A globalização neoliberal impõe seus requisitos tanto nas relações internacionais quanto nas políticas e instituições internas dos países, integrando normas que favorecem certas políticas e descartam outras, inspiradas em planejamentos ideológicos, que, cedo ou tarde, provocam mudanças significativas na divisão do trabalho entre o Estado e o mercado e nos poderes dos governos nacionais. De fato, o neoliberalismo e a globalização estabelecem critérios que os governos, principalmente os do Terceiro Mundo, devem satisfazer, frequentemente, sem a concordância dos cidadãos afetados¹³.

O pós-modernismo neoliberal declara o fim da história das grandes narrativas filosóficas e ideologias, e até mesmo do Estado-Nação com suas responsabilidades sociais, substituindo-os pela eficiência de mecanismos automatizados, como o mercado. O neoliberalismo promove a ideia (utópica) de que a livre operação dos mercados reduziria o atraso nos países do Terceiro Mundo, através da abertura de fronteiras, estabilização de preços e contas públicas. Simplesmente, se argumenta que o desenvolvimento voltado para a exportação e o investimento estrangeiro erradicariam a pobreza e elevariam os padrões de vida, com a difusão tecnológica e a orientação mercantil das políticas públicas; além disso, impôs-se a narrativa de que mercados abertos e transações governamentais transparentes seriam eficazes contra a corrupção.¹⁴

O neoliberalismo se apropria da ordem mundial capitalista através de sua ideologia. À vista disso, deve-se ater, portanto, ao fato de que o capitalismo não

¹² RIBEIRO, Ana Clara Torres. A cidade neoliberal: crise societária e caminhos da ação. **OSAL, Observatório Social de América Latina**. Ano VII no, v. 21, p. 23-32, 2006, p. 29.

¹³ IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 31, n. 2, jun, 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em 06 dez 2023.

¹⁴ IBARRA, David. **Brazilian Journal of Political Economy**.

é reconhecido tão somente como uma realidade econômica, pois representa uma complexa realidade social e cultural que se reflete nas mais diversas esferas sociais¹⁵, influenciando negativamente não só na estratificação social, como também - se não mais - na condução de políticas que tenham como enfoque a desigualdade social.

A partir da compreensão de que o neoliberalismo modifica as bases do próprio capitalismo, tornando-o ainda mais supressivo, a estratificação social se modifica para adaptar-se aos anseios neoliberais, reproduzindo situações que intensificam a marginalização de classes já há muito oprimidas.

Seja como for, a acomodação neoliberal alterou tanto a ordem social interna dos países quanto a autonomia estatal em relação ao exterior. Em relação ao primeiro, a supressão do protecionismo, da política industrial e de outras formas de intervencionismo estatal, unida às privatizações e à abertura de fronteiras, alterou radicalmente a distribuição de renda, as oportunidades de progresso e a própria estratificação social. A estratégia de crescimento interno foi substituída pela postulação das exportações como via de progresso, e a estabilidade dos preços e orçamentos passou a ocupar o lugar anteriormente destinado à geração de emprego; o Estado cedeu o comando ao mercado para definir a direção e os resultados do manejo socioeconômico.¹⁶

No campo da política, as transformações foram igualmente significativas: o nacionalismo foi substituído por uma forma mal interpretada de cosmopolitismo; as soberanias dos Estados e as entidades nacionais se dissolveram; o presidencialismo autoritário e o corporativismo deram lugar a um regime de divisão de poderes, jogo de partidos e sistemas eleitorais mais transparentes. Como consequência, houve uma mudança profunda nos valores, interesses, instituições, composição das elites e, sem dúvida, na distribuição de rendimentos.¹⁷

A bem da verdade, o neoliberalismo vem agregar força ao capitalismo; como se já não bastasse o seu histórico de exclusão social e acúmulo da riqueza na camada social mais alta, elitizada; influenciando a própria racionalidade individual,

¹⁵ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed. rev. São Paulo: Global, 2008, p. 23.

¹⁶ IBARRA, David. **Brazilian Journal of Political Economy**, s/p.

¹⁷ IBARRA, David. **Brazilian Journal of Political Economy**, s/p.

social e institucional, conforme advertem Dardot e Laval¹⁸, tornando a realidade social díspar, por qualquer ângulo que se analise esta questão.

Assim, as disparidades não poderiam ser maiores, especialmente entre a vida de uma pequena minoria superprivilegiada e a imensa maioria marginalizada. É evidente que essas desigualdades persistem porque foram historicamente geradas pelo sistema, e possuem a capacidade de persistência peculiar dos produtos históricos. Além disso, os setores deserdados estão estritamente subordinados a uma ordem social compulsória que mantém a estrutura social intacta. Nessas circunstâncias, a nação não se configura como o espaço onde se realiza o destino de todos os seus membros, nem como uma estrutura em que cada setor exerce certa influência. Ela é, efetivamente, um reduto de privilegiados defendido por uma estrutura de poder que se impõe a todos e se empenha em evitar seu exame, crítica e reformulação. Como consequência, a distribuição do poder é ainda mais desigual do que a distribuição econômica, ou seja, o grau de influência de cada setor estrutural na tomada de decisões que afetam o destino comum.¹⁹

Ao evidenciar essa estrutura de poder, Darcy Ribeiro reconhece que essa ordenação, identificada comumente na polarização entre elite e marginalizados, também está ancorada nas classes intermediárias ou, em certos casos, inclusive dentro do mesmo estrato social. Outrossim, embora as massas marginalizadas vivam em condições extremas de pobreza, há entre elas uma certa estratificação de renda que permite a alguns indivíduos terem acesso a recursos ligeiramente maiores, frequentemente originários das parcelas dos demais.

Nessas comunidades, é comum encontrar pessoas que apresentam padrões de consumo um pouco mais elevados²⁰, o que pode ser atribuído à hierarquização interna e a fatores como a anomia. Os contrastes encontrados nessas

¹⁸ DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹⁹ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 76.

²⁰ "Não se organizando em famílias "regulares", mas em unidades matricêntricas de mulheres que têm filhos de maridos sucessivos; nem devendo - distribuir suas parcas rendas para atender a padrões de compostura quanto a moradia, o mobiliário, a roupa, ou os gastos com a - educação e a saúde dos filhos, podem proporcionar-se a aquisição "suntuária" de rádios, relógios e até mesmo televisores e geladeiras, quase sempre de segunda mão, mas visivelmente descompassados com a inexistência em seus ranchos de móveis, de utensílios de cozinhar e de comer, etc." (RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 75)

ocasiões reforçam estereótipos negativos na classe média, que vê essas camadas marginalizadas como redutos de criminosos e pessoas que vivem de maneira imprópria, com “luxos” e confortos que parecem incongruentes com sua realidade.²¹

Em sociedades onde a modernização ocorreu através desse caminho, as elites dirigentes inevitavelmente se tornaram um comando exógeno sobreposto à sociedade nacional, gerindo o Estado como uma grande entidade patrimonialista para seu próprio benefício. O caráter atípico dessas classes dominantes, em comparação com as burguesias, reside no fato de que, devido à sua natureza e interesses, foram e continuam sendo incapazes de mobilizar suas sociedades para romper a dependência econômica, sendo que, na esfera política, nunca estabeleceram um Estado-Nação organizado como uma comunidade integrada, onde cada segmento da população tivesse um lugar e um papel definidos, tanto na esfera produtiva quanto nas esferas social e política;²² criando, assim, uma crise societária.

Essa crise social reflete a debilitação dos processos de socialização e, conseqüentemente, das orientações institucionais que moldam as interações sociais e a partilha de valores. Embora esses processos sejam fundamentais, seus aspectos mais problemáticos, muitas vezes, ficam ocultos devido ao ativismo fomentado pela cultura consumista, que transforma o ritmo das grandes cidades, e surge da financeirização da economia urbana, da monetarização das relações sociais e da ênfase quase total em intervenções materiais focadas em embelezar áreas privilegiadas e facilitar a circulação apenas de certos segmentos urbanos.²³

A bem da verdade, a crise social é exteriorizada nas diversas formas de violência que até então eram impensáveis; o aumento do individualismo exacerbado, da indiferença social e do medo acarretam o mal estar da civilização, que vai somado ao desconforto causado pela falta de civilidade, uma carência que não é novidade para as classes populares, que historicamente são relegadas a receber as sobras do banquete civilizatório, carregando o peso do excesso de trabalho e a subordinação de seus valores, comportamentos e acervos culturais.²⁴

²¹ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 75.

²² RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, 104.

²³ RIBEIRO, Ana Clara Torres. **OSAL, Observatório Social de América Latina**, p. 25.

²⁴ RIBEIRO, Ana Clara Torres. **OSAL, Observatório Social de América Latina**, p. 25.

Assim, a crise social é intensificada pela globalização e agravada sobremaneira pelo neoliberalismo, que, por possuir características polissêmicas, incorpora-se à sociedade e nas instituições sem que seja possível percebê-lo. Pode-se dizer que isso ocorre, pois, para Dardot e Laval, é frequentemente esquecido que o neoliberalismo não busca meramente a "retirada" do Estado e a ampliação dos domínios da acumulação de capital, mas sim a transformação da ação pública. Nesse contexto, o Estado é moldado para operar sob regras de concorrência e exigências de eficácia semelhantes às aplicadas às empresas privadas.²⁵

Constata-se que esse cenário molda as instituições sociais, tornando o aparato estatal ineficaz perante os cidadãos, abrindo abismos entre as camadas de estratificação social; espelhando, assim, a crítica de Dardot e Laval de que há "*falta global de eficácia e produtividade*"²⁶ por parte do Estado. Outrossim, os custos das exigências da globalização neoliberal não compensam o sacrifício social.

Esse fenômeno tem agravado as desigualdades tanto nos países desenvolvidos quanto nas economias de renda média com crescimento lento; pois, paradoxalmente, ao mesmo tempo que favorece as populações mais pobres dos países emergentes mais dinâmicos, aumenta as disparidades na distribuição de renda. Em outras palavras, a transferência de capacidades produtivas de países desenvolvidos e em desenvolvimento intermediário para nações com mão de obra barata e de grandes mercados, ainda que represente uma elevação de empregos nos países de terceiro mundo, é díspar em relação à distribuição de renda.²⁷ Diante disso, a quebra de fronteiras permite a terceirização da mão de obra onde os salários e o crescimento da produtividade são mais baixos, portanto, o paradigma atual leva, de forma inevitável, à precarização dos direitos trabalhistas.

Assim, a análise da formação do regime de classes, no Brasil, requer uma compreensão da subordinação do país a centros externos e da interação entre o "arcaico" e o "moderno", refletindo tradições patrimonialistas e autoritárias, além da forma de construção de atores sociais coletivos e a dinâmica de sua inserção econômica nas relações de produção. Deve-se ater ao fato de que este

²⁵ DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**, p. 272.

²⁶ DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**, p.273, grifo no original.

²⁷ IBARRA, David. **Brazilian Journal of Political Economy**.

desenvolvimento particular do regime de classes no Brasil culminou em um padrão de dominação que pode ser descrito como autocrático, onde a sociedade de classes sob o capitalismo dependente perpetua uma estrutura social rígida e fechada, necessária para prevenir a ascensão política das classes subalternas e preservar o sistema econômico.²⁸

Veja-se que o padrão histórico, desde a transição do status de escravo para cidadão e sua integração ao mercado de trabalho, demonstra a dinâmica da ordem social competitiva, que define os critérios estamentais de classificação social, correspondendo, essa fase, o paradigma inicial da transição para o regime de classes no Brasil. Danielle Motta ressalta que, apesar de ter sido um processo lento, a transição para uma sociedade de classes dependente e subdesenvolvida, que transformou os padrões de relações sociais e dominação, desde há muito apresenta traços tradicionais de competitividade, e tem o mercado enquanto fator epicentro de classificação social.²⁹

Por outro lado, as funções edificantes do regime de classes são significativamente influenciadas pela coesão e pela continuidade das formações sociais existentes, favorecendo a ascensão do capitalismo ao preencher uma função positiva para o desenvolvimento da economia privada, na apropriação privativa dos meios de produção e mercantilização da mão de obra, que refletem na forma de organização capitalista do elo de produção e mercado.³⁰

Em outras palavras, ao pressionar as estruturas sociais preexistentes, o regime de classes tende a transformar ou eliminar formas de concentração social da renda, do prestígio e do poder típicas de sociedades estratificadas estatalmente. Isso significa que essa pressão tende a alterar a posição relativa dos estratos baixos, melhorando, elevando e intensificando os níveis de participação na renda, no prestígio social e no poder. Em suma, embora o regime de classes não iguale completamente os estratos sociais, ele promove um mínimo de homogeneidade e equidade na distribuição das oportunidades de valorizar no mercado "o poder de posse de bens e

²⁸ MOTTA, Daniele Cordeiro. As particularidades do regime de classes no Brasil segundo Florestan Fernandes. **Anais do V Simpósio Internacional de Lutas Sociais na América Latina**, 2013, p. 119.

²⁹ MOTTA, Daniele Cordeiro, **Anais do V Simpósio Internacional de Lutas Sociais na América Latina**, p. 121.

³⁰ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**, p. 73.

de trabalho", base sobre a qual se pode construir uma estratificação social com fundamentos univocamente econômicos.³¹

Constata-se que, no cenário neoliberal, a competição se manifesta como um ambiente social limitado e restrito, regulando as relações entre aqueles que se veem como "iguais", isto é, parte do Povo, mas simultaneamente marginalizando diferentes segmentos da população da "sociedade civil" e dos processos histórico-sociais. Assim, a ordem social competitiva não emerge como a representação de um equilíbrio instável entre diversas camadas sociais em conflito legítimo. Na realidade, ela reconhece a diversificação das estruturas econômicas, sociais e políticas como um fenômeno legalmente natural, mas não as aceita como "fenômenos sociais" ou "políticos". Diante disso, aqueles que são marginalizados do acesso econômico, sociocultural e político também são suprimidos do reconhecimento social e político, cuja exclusão se torna vital para a manutenção do modelo de "dominação burguesa", que se estabelece dessa forma.³²

Diante disso, sem a capacidade de superar as limitações por meio de uma revolução social e sem a possibilidade de uma abertura liberal burguesa, o Estado se torna rígido às desigualdades sociais. Tanto o Brasil como os demais países latino-americanos têm passado por formas e graus de modernização tecnológica e de avanço social que são compatíveis com a manutenção dos interesses de suas classes dominantes, subordinadas e da exploração, inclusive, estrangeira. A estrutura de poder sofre mudanças mais devido ao aumento numérico das camadas privilegiadas, e a certas especializações funcionais, do que por uma transformação no seu caráter intrínseco, que permanece sendo o de uma elite patronal estruturada para explorar as fontes de riqueza por meio do controle da força de trabalho disponível, e de uma elite patricícia-burocrática, organizada para instituir e manter a ordem desigual por meio de repressão e corrupção.³³

Reduzindo esta situação em números, Darcy Ribeiro, ao mencionar uma pesquisa realizada na década de 1960 sobre a concentração de renda e estratificação social do Brasil, demonstra que a cúpula do sistema é formada por 1% da população,

³¹ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**, p. 74.

³² MOTTA, Daniele Cordeiro, **Anais do V Simpósio Internacional de Lutas Sociais na América Latina**, p. 122-123.

³³ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 109.

que absorve cerca de 30% da renda nacional.³⁴ Por outro lado, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) demonstra que o Brasil se destaca por sua extrema concentração de renda com o 1% mais rico detendo 28,3% da renda total do país, colocando-o entre as nações mais desiguais do planeta.³⁵ Veja-se, portanto, que inobstante nas últimas décadas o país tenha passado por transformações significativas no que se refere à desigualdade, com mudanças notáveis ocorrendo especialmente durante os anos 2000, a concentração da maior parte da renda nacional permanece elitizada.

Se, por um lado, o *homo economicus*, da imaginação econômica do capitalismo dependente ou da racionalidade neoliberal, reflete o direcionamento de todos os sentidos e ações nas mais diversas estruturas e instituições da sociedade; por outro, induz processos de absorção de compreensões maculadas à sombra da mercantilização do humano, enraizando ainda mais as diferenças estratificadas.³⁶ Esse processo histórico, ainda que visto de forma rotineira, oferece uma ideia do modo de estratificação social, da mesma maneira que escancara as forças ocultas que estão à sua margem. Em um cenário que oscila entre avanços e retrocessos sociais, o isomorfismo coercitivo torna-se uma “política pública” socialmente naturalizada pelo capitalismo à razão neoliberal.

Esse fenômeno não encontra reflexos apenas nos meios de produção do capital, pois, com a alavancada neoliberal, ingressa em todas as esferas, incluindo aí a jurídica. Hardt e Negri, ao analisarem a forma de administração neoliberal, salientam que o dinheiro e a finança não se autogovernam, ou seja, “as relações sociais e as relações de produção neoliberais têm que ser administradas e geridas

³⁴ RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina**, p. 69.

³⁵ MONTFERRE, Hélio. Estudos revelam impacto da redistribuição de renda no Brasil. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília, 04 ago. 2023. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13909-estudos-revelam-impacto-da-redistribuicao-de-renda-no-brasil>>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁶ A imaginação econômica do capitalismo dependente pode ser entendida pelas “[...] peculiaridades do capitalismo dependente se refletem não só nos modos de agir do *homo oeconomicus*: elas atingem o cerne de sua imaginação econômica e de seu pensamento criador.” (FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**, p. 80)

Já a racionalidade neoliberal: “O homem neoliberal é o homem *competitivo*, inteiramente imerso na competição mundial. [...] O homem moderno se dividiu em dois: o cidadão dotado de direitos inalienáveis e o homem econômico guiado por seus interesses, o homem como “fim” e o homem como “instrumento”. A história dessa “modernidade” consagrou um desequilíbrio a favor do segundo polo.” (DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**, p. 322-323).

por instituições espalhadas por toda a sociedade.”³⁷

Assim, como adverte Silveira, nesse contexto marcado pela retrogradação civilizatória, ressurgem tópicos centrais nas discussões públicas, dentre eles, o processo penal, onde, no Brasil, ocorre uma situação parecida com a vivida na Itália dos anos 1970, em que o debate sobre o processo ganhou impulso em razão da Operação Lava Jato, iniciada em 2014. Esta operação, lançada sob a alegação de combater corrupção e lavagem de dinheiro por políticos e grandes empresários, revelou-se repleta de graves irregularidades. Hoje, é amplamente reconhecido que a Operação Lava Jato teve um impacto negativo significativo nas esferas política, econômica e penal.³⁸

Como se pretende demonstrar ao longo da presente pesquisa, os liames do poder, que afetam as relações sociais e contribuem de diversas formas para as desigualdades estratificantes, da mesma forma refletem o sistema de justiça. O ponto crucial, embora complexo, é justamente captar a forma como esses liames alcançam a dimensão da justiça, precisamente a atuação do poder judiciário, cujo pressuposto esperado é a neutralidade e a imparcialidade. Nessa perspectiva, a condução do processo penal, e por conseguinte das medidas cautelares penais, são também afetadas pelas dimensões do poder, impactando de forma diversa as diferentes estratificações sociais.

1.2 INSTRUMENTALIDADE, POLÍTICA E GARANTISMO

A intersecção entre a instrumentalidade, política e garantismo é, da mesma forma que o estudo dos meios de estratificação social, importante para compreender as relações de poder que tangenciam as instituições, incluindo aí a aplicação da justiça no âmbito do poder judiciário.

A própria escolha política de regulamentação da prisão temporária, criada através de medida provisória, é um exemplo clássico, dentro do processo penal, dessa confluência entre política, garantismo e a instrumentalidade processual. Aliás,

³⁷ HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Assembly**: A organização multitudinária do comum. 1 ed. São Paulo: Editora Filosófica, 2018, p. 277.

³⁸ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no Processo Penal Brasileiro: O fetiche pelo princípio inquisitivo e o “Isomorfismo Reformista”. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, n. 80, pp. 107-133, jan./jun. Belo Horizonte, 2022, p. 106.

a recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das ADIs em estudo pode ser considerada outro exemplo dessa convergência.

Contudo, antes de ingressar no cerne desta pesquisa, é preciso um pequeno aparte para compreender essa interconexão. Assim, primeiro se faz necessário analisar o encontro da política com o direito, precisamente sobre a concepção que se adotará como garantismo. Desse modo, garantismo, enquanto conceito operacional para esta pesquisa, é o idealizado por Luigi Ferrajoli em todos os seus significados que, embora em distintos ângulos, são interconectados, quais sejam, teoria do direito, teoria jurídica e filosofia política.

Resumidamente, tem-se que o termo "garantismo", em sua primeira acepção, refere-se a um modelo normativo de direito, que, especificamente no âmbito do direito penal, representa o modelo de "estrita legalidade", característico do Estado de Direito. A propósito do ponto de vista epistemológico, o garantismo é entendido como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, e visto a partir do plano político, apresenta-se como uma técnica de proteção eficaz para reduzir a violência e potencializar a liberdade, além de, juridicamente, manifestar-se como um conjunto de restrições à função punitiva do Estado, visando assegurar os direitos dos cidadãos. Portanto, de acordo com Ferrajoli, um sistema penal só é considerado "garantista" quando se alinha normativamente a esse modelo e o implementa de maneira efetiva.³⁹

Em uma segunda definição, o termo "garantismo" identifica uma teoria jurídica que distingue entre as categorias de "validade" e "efetividade" das normas, reconhecendo-as como distintas não apenas entre si, mas também em relação à "existência" ou "vigência" destas. Nesse contexto, o garantismo representa uma abordagem teórica que mantém a separação entre o que "é" e o que "deve ser" no direito. Adicionalmente, coloca como ponto central de debate a discrepância frequentemente observada em sistemas jurídicos complexos entre modelos normativos, inclinadamente garantistas, e práticas operacionais, propensamente antigarantistas. Assim, o garantismo enquanto teoria jurídica interpreta essa divergência como uma antinomia que, dentro de certos limites, pode ser considerada fisiológica e, fora deles, patológica. Essa antítese se manifesta entre a validade (mas

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

não a efetividade) dos modelos normativos e a efetividade (mas não a validade) das práticas operacionais.⁴⁰

Por fim, a expressão “garantismo” também se enquadra como filosofia política ao exigir que o direito e o Estado se justifiquem com base nos bens e interesses que protegem ou garantem. Essa abordagem pressupõe a doutrina secular da distinção entre direito e moral, validade e justiça, bem como entre as perspectivas interna e externa na avaliação do sistema jurídico, além do já mencionado o que “é” e o que “deve ser” no direito. O garantismo, nesse contexto, implica adotar uma perspectiva estritamente externa para fins de legitimação ou deslegitimação ético-política do direito e do Estado.⁴¹

Além disso, percebe-se que a teoria garantista, malgrado tenha sido pensada inicialmente para proveito no âmbito penal, demonstra versatilidade à medida que propõe uma gama de significados que a traduz em um verdadeiro sistema de garantias, cuja aplicabilidade é ampla. Prova disso é o reconhecimento desse sistema de garantias como um modelo teórico e projeto político, denominado pelo autor de “constitucionalismo garantista”.

Sem embargo da sua ampla utilização no âmbito penal - garantismo penal, cuja importância é, sem dúvida, inestimável; para os fins desta pesquisa, dar-se-á ênfase à expressão “garantismo” enquanto constitucionalismo garantista. Essa escolha teórica se justifica porque não basta avaliar apenas as consequências da decisão do STF, nas ADIs objeto de análise, estritamente no campo jurídico e a partir de uma visão individual, sem considerar o reflexo e consequências dela para a sociedade.

A base teórica do constitucionalismo garantista apresenta algumas nuances interessantes, principalmente ao ser proposta como um projeto político que transcende o âmbito teórico jurídico. Isso porque, como projeto político, busca uma sociedade mais justa e solidária, cujo epicentro teórico são os direitos fundamentais. Assente nisso, por “garantismo” entende-se, de forma mais abrangente, um modelo jurídico que exige a estrita obediência à lei por parte de todos os poderes e impõe

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 684

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, p. 685.

restrições a esses poderes para assegurar os direitos, especialmente os direitos fundamentais previstos na Constituição. Nesse contexto, garantismo é sinônimo de "Estado constitucional de direito", um sistema que amplia o paradigma clássico do Estado liberal em duas direções principais: primeiramente, abrangendo todos os poderes, incluindo o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, e não se limitando aos poderes públicos, mas também englobando os poderes privados; em segundo lugar, abrangendo todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os direitos sociais, com as devidas obrigações e proibições atribuídas à esfera pública.⁴²

Assim, percebe-se que o garantismo se fundamenta em três aspectos centrais: primeiro, a obrigatoriedade do poder público de aderir aos princípios do Estado de direito; segundo, a distinção entre a validade e a vigência das leis; e terceiro, a diferença entre a perspectiva externa, que abrange aspectos éticos e políticos, e a perspectiva interna, que se foca no âmbito jurídico. Esta teoria está atrelada à responsabilidade do Estado e dos cidadãos em respeitar os valores e princípios estabelecidos pela Constituição, visando proteger os direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, e limitar a ação de uma parte em prejuízo da outra, salvaguardando efetivamente os preceitos do ordenamento jurídico conforme estipulado pela Constituição.⁴³

Com a delimitação do que se tomará como conceito operacional de garantismo, passa-se, assim, ao próximo aspecto de estudo, precisamente a axiologia política que o garantismo requer, ou seja, os princípios da democracia. Contudo, assim como foi preciso delimitar o que se entende por "garantismo", é também necessário demarcar as ilações que se adotará como "democracia". Isso se justifica porque o sentido de democracia abarca diversos fatores que o torna polissêmico, como por exemplo pode-se citar a democracia direta, representativa, participativa, deliberativa, social, liberal.

De fato, não é viável trabalhar com democracia sem, contudo, delimitar

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 11.

⁴³ MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no estado democrático de direito.** Disponível em: <https://mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/penal-constitucional/texto_garantismo.pdf> Acesso em 09 dez 2023.

os coeficientes que fundamentam as diferentes formas de democracia, como se pode observar na democracia social que geralmente envolve um Estado mais ativo na economia e na redistribuição da riqueza; ou na democracia liberal que, nada obstante priorize as liberdades individuais e prime por um mercado livre, tem o foco voltado para a limitação do poder do Estado.

Apesar de haver algumas características divergentes, que distinguem as espécies de democracia, há um consenso irrefutável quanto a alguns caracteres em comum: a democracia refuta o governo autocrático, e é caracterizada por um composto de regras primárias ou princípios fundamentais, que determina *quem* pode decidir pela coletividade e através de quais *procedimentos*.⁴⁴

Além do mais, para uma compreensão mínima da democracia, não basta somente garantir a muitos cidadãos o direito de participar na tomada de decisões coletivas, nem apenas a existência de regras procedimentais como a decisão por maioria. É essencial também que as pessoas chamadas a decidir ou eleger seus representantes tenham opções reais e a liberdade de escolha entre elas, o que pressupõe a garantia de certos direitos fundamentais como a liberdade de opinião, expressão, reunião e associação. Esses direitos formam a base do estado liberal e 7do conceito de estado de direito, onde o poder é exercido dentro de limites estabelecidos pelo reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. Destarte, independentemente de sua fundamentação filosófica, esses direitos são essenciais para o funcionamento adequado dos mecanismos que caracterizam um regime democrático; aliás, frisa-se que as normas constitucionais que conferem esses direitos não são simples regras do jogo, mas sim premissas que possibilitam o jogo democrático.⁴⁵

Desse modo, baseando-se na ideia de que a democracia é um sistema governamental construído ao longo do tempo por meio de avanços em perspectivas políticas, sociológicas e filosóficas, e considerando que é um sistema em constante evolução, é importante entender que as diversas teorias sobre a democracia apresentaram, e ainda enfrentam, diversos desafios no mundo moderno, quiçá para

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 17.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 19.

alguns pós-moderno.

A democracia, *lato sensu*, desenvolvida ao longo dos séculos, se depara atualmente com constantes e significativas ameaças quanto ao seu modelo de organização. Segundo Coppetti Neto *et al*, foram as grandes mudanças do século XX, incluindo sua decadência devido a governos autoritários, bem como sua expansão e diversificação após as grandes guerras mundiais, que hoje provocam um novo período de testes para a estabilidade democrática. Essa realidade não é exclusiva à democracia brasileira, apresentando-se como um fenômeno global, especialmente com o desenvolvimento das tecnologias de informação e suas crescentes influências nas formas de comunicação, mobilização sociopolítica,⁴⁶ além da ascensão econômica dos mercados globalizados.

Para os autores, o enfraquecimento da democracia começou quando o sistema falhou em cumprir as expectativas dos cidadãos quanto à expansão dos direitos sociais mínimos. Além disso, as falhas recorrentes que mancham a imagem da democracia, deslegitimando o modelo representativo, reacenderam discussões sobre a necessidade de se expandir para um modelo de democracia direta, algo desafiador em uma sociedade complexa, mas que, ainda assim, é um tema de frequente análises por parte de jusfilósofos.⁴⁷

Neste ponto, deve-se considerar que o avanço da globalização reclama, além dos pontos de análise já suscitados, o exame da influência do avanço dos sistemas de comunicação, isto é, como estes afetam os resultados, as organizações e as bases políticas no processo de politização dos cidadãos.

Pois bem, ainda que alguns jusfilósofos prefiram a expressão “transformação”, como Bobbio, ao invés de “crise”, como Ferrajoli, ao se referirem ao estágio atual das democracias, o fato é que a democracia está em constante transição, caminhando até o presente em uma espécie de “estágio probatório”, ou melhor

⁴⁶ COPETTI NETO, Albredo; OLIVEIRA, Caio Coêlho de; CUNHA, Karoline França Bastos. Entre a Democracia e a Era do Big Data: às vestes do Constitucionalismo Garantista. **Juris Poiesis**, v. 23, n. 33, p. 01–16, 2020. Disponível em: <https://mestradoedoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/9294>. Acesso em: 9 dez. 2023.

⁴⁷ COPETTI NETO, Albredo; *et al.* **Juris Poiesis**, p. 03.

dizendo em um processo de democratização.

Para Bobbio, esse processo de transformação é intrínseco às democracias, pois a democracia tem a característica de ser dinâmica, ao contrário do despotismo, cuja estaticidade é seu objetivo.⁴⁸ Não obstante Bobbio preferir a terminologia “transformação” em vez de “crise”, constata-se que a fase atual das democracias pode abranger tanto o aspecto de transformação quanto de crise.

Isso se justifica porque os desafios emergentes da democracia representativa, bem como certos aspectos que afetam a consolidação do sistema democrático, tornam-no vulnerável. As transformações começam com a distribuição do poder e a perda do potencial de representação, pois, frequentemente, enfrenta obstáculos em seu processo de execução, cujo resultado pode estar na perpetuação de antigas oligarquias detentoras do poder.⁴⁹

Com isso, se enfatiza a necessidade de que os grupos representativos não se limitem a um corporativismo social, mas que possam abranger todo o estrato social. Veja-se que, no ponto, a crítica de Bobbio é fundamental, pois se a democracia não é totalmente eficaz na superação do poder oligárquico, ela é ainda menos capaz de preencher todos os espaços onde se manifesta um poder que toma decisões vinculantes para um grupo social inteiro.⁵⁰

À vista disso, a distinção relevante não é mais entre o poder de poucos e o de muitos, mas entre poder ascendente e poder descendente. A referência ao poder ascendente está inserida em um esquema de fluxo de poder que possui apenas duas direções: descendente, que se move de cima para baixo e é caracterizado como poder burocrático, e ascendente, que se move de baixo para cima e é caracterizado como poder político em nome do indivíduo enquanto cidadão. O poder ascendente é considerado poder político porque é exercido em todos os níveis: local, regional e nacional..⁵¹

Portanto, seria mais apropriado falar de inconsistência do que de falha

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 09-10.

⁴⁹ COPETTI NETO, *et al*, **Juris Poiesis**, p. 06.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 26.

⁵¹ SOLÓRZANO. Yubirí Arago. Democracia, proceso de democratización y espacialidad de poder. **Aldea Mundo**, año 12, n. 23, mayo-octubre, 2007, p. 70.

na realização, considerando que a democracia moderna surgiu como um método de legitimação e controle das decisões políticas em sentido estrito, ou seja, do "governo" em si, onde o indivíduo é visto em seu papel geral de cidadão, e não na diversidade de seus papéis específicos.⁵² Ressalta-se que essa inconsistência, que Bobbio chamou de transformação da democracia, é vista por Ferrajoli como crise.

Nesse sentido, Ferrajoli explica que a democracia, frequentemente submetida a manipulações por distorções na representação política, contrasta com a democracia política representativa, que não só é limitada pela democracia constitucional, mas também por ela protegida. Assim, à medida que a relação de representação definha e os representantes se afastam da sociedade, a democracia enfraquece, tornando-se cada vez mais crucial o paradigma constitucional, que por ser composto por limites, vínculos, separações e garantias, é uma forma viável para prevenir corrupção e tendências burocráticas e autoritárias.⁵³

Para o autor, a crise democrática é tanto descendente quanto ascendente, caracterizando-se através de quatro principais fatores cada. Na crise descendente encontra-se o populismo, enquanto encarnação da vontade popular; os conflitos de interesses, entre o público e o privado; a incorporação dos partidos políticos às instituições e o declínio de sua função como mediadores representativos; a concentração dos meios de comunicação, comumente em quem é titular do poder político.⁵⁴ Por outro lado, a crise ascendente, de certa forma, está correlacionada às causas da crise descendente, conforme se explica abaixo.

Na “democracia do público”, onde o populismo se identifica, a representação se torna singularizada na figura de um líder, estabelecendo uma relação pessoal na dinâmica representativa, cujo líder pessoaliza a vontade popular.⁵⁵ Todavia, ao mesmo tempo que personifica o desejo coletivo, ignora limites e vínculos constitucionais, alimentando uma demagogia populista e autoritária que se opõe ao governo baseado em leis e interesses sociais. Como consequência, instala-se a crise

⁵² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 26.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Madrid, 2013, p. 101.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**, p. 41-59.

⁵⁵ ASSUMPTÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri: uma análise a partir da instrumentalidade democrático-constitucional**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2021, p. 47.

ascendente, resultante da polarização da sociedade entre apoiadores e opositores do governo, inflamando a demagogia e promovendo uma visão organicista e identitária típica do populismo, que leva à marginalização e difamação daqueles que não concordam com o líder.⁵⁶

Em relação ao segundo aspecto, a crise pode ser explicada a partir da ascensão da racionalidade neoliberal, pois transformou o capitalismo e sua monetização em uma visão abrangente, moldando tanto a esfera social quanto a biopolítica.⁵⁷ Com isso, a tradicional separação entre poderes políticos e econômicos se dissipam progressivamente, favorecendo, conforme Ferrajoli salienta, a influência de interesses privados sobre as entidades públicas.

Para Ferrajoli, portanto, o fluxo dessa confusão de poderes é formado pelos conflitos de interesses gerados pela estreita aliança entre poderes políticos públicos e poderes econômicos privados, bem como pela substancial subordinação dos primeiros aos segundos. Sob esse aspecto, os conflitos de interesses, nas formas de corrupção ou de intercâmbio político com os lobbies corporativos e, sobretudo, com os meios de comunicação, são hoje fenômenos endêmicos em todas as ordens democráticas, nas quais a relação entre dinheiro, informação e política é cada vez mais forte: dinheiro para fazer política e informação, informação para fazer dinheiro e política, política para fazer dinheiro e informação, conforme um círculo vicioso que resulta no crescente condicionamento anti ou extrarrepresentativo da ação de governo.⁵⁸

Além disso, a influência biopolítica desta racionalidade na subjetividade humana leva a uma despolitização que emerge da base da sociedade⁵⁹, afetando profundamente a opinião pública, corroendo o senso cívico e as virtudes políticas dos cidadãos. O resultado é uma crescente indiferença e alheamento em relação aos interesses sociais, culminando em um individualismo egoísta e predatório.⁶⁰

O terceiro ponto crítico pressupõe a falta de senso de pertencimento

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**, p. 46-48.

⁵⁷ ASSUMPTÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, p. 48.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**, p. 48.

⁵⁹ ASSUMPTÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, 48.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**, p. 68.

político-social e a quebra de participação política pelos cidadãos (crise ascendente), decorrente da atuação partidária que, quando intimamente ligado aos interesses privados, deixa de atuar como verdadeiros representantes do povo, quebrando o paradigma mediadores representativos, ou seja, o elo entre os interesses da sociedade e o Estado (crise descendente).⁶¹

Por fim, o quarto fator de crise, pode ser resumido em poucas palavras: não há garantias de uma efetiva independência da grande mídia: nem do direito ativo de liberdade de quem faz a informação, ou seja, dos jornalistas, nem do direito passivo à não desinformação de quem é destinatário das informações. A censura e a autocensura, o controle das opiniões e das informações, sobre os graus de liberdade de imprensa, passam pela total ausência de garantias de ambos os direitos, gerada pela submissão à propriedade dos meios de informação, concentrada em poucas mãos. Graças a essa hipoteca, o pensamento, a opinião e a informação, mais que direitos fundamentais, são mercadorias, cuja produção é decidida e gerida pela propriedade: são, de fato, direitos e bens patrimoniais abandonados às dinâmicas do mercado e da política.⁶²

Percebe-se que a crítica central de Ferrajoli, neste último fator de crise, reside na subjugação justamente de um dos principais pilares da democracia: a liberdade. Quando o domínio sobre opiniões e informações é restringido largamente, a subsequente consequência é a falta de garantias de direitos aos cidadãos, que acabam ficando sujeitos a uma fonte restrita de informação, produzido por um seletivo grupo de proprietários dos meios de comunicação, que os manipula à razão de seus próprios interesses.

No ponto, a observação de Bobbio é pertinente, pois não se pode ignorar que o estado liberal e o estado democrático são mutuamente dependentes de duas formas: primeiramente, do liberalismo à democracia, na medida em que certas liberdades são essenciais para o exercício adequado do poder democrático; e, inversamente, da democracia ao liberalismo, pois o poder democrático é necessário para assegurar a existência e continuidade das liberdades fundamentais. Dito de outro modo, é improvável que um estado não liberal consiga manter uma democracia eficaz,

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**, p. 72; p. 53.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**, p. 56-57.

assim como é pouco provável que um estado não democrático consiga garantir as liberdades fundamentais.⁶³

Portanto, não se pode falar de liberdade sem democracia, da mesma forma que esta não existe sem aquela. É uma via de mão dupla. Acrescenta a isso a advertência acertada do autor: enquanto os dois grandes blocos de poder nas esferas superiores das sociedades avançadas não forem dissolvidos pelo processo de democratização, a questão que permanece, além da dúvida se isso seja ou não possível, embora desejável, é que não se terá uma democracia definitiva, pois o processo de democratização não pode ser considerado completo.⁶⁴

É visível que os fatores que contribuem para a crise da democracia estão interligados e, em muitos aspectos, são impulsionados pela nova racionalidade neoliberal, comprometendo os fundamentos essenciais da democracia. De acordo com essa visão, o neoliberalismo e sua racionalidade agem de maneira destrutiva, corroendo as bases democráticas que sustentam a sociedade, pois, quando a democracia representativa deixa de refletir genuinamente a vontade popular e se limita a uma mera representação ficta, distancia a participação ativa dos cidadãos; o que resulta na redução dos espaços públicos e, conseqüentemente, na diminuição da participação da opinião pública e no restringimento do conceito de cidadania.⁶⁵

Esses fatores de crise da democracia são extremamente perigosos para a manutenção axiológica desta, pois a soma desses elementos pode acarretar um novo modo de construção de padrões para a manipulação das massas, influenciando no poder ascendente. Veja-se que não é difícil perceber que o populismo carismático agregado à quebra de confiança representativa, e, adicionalmente, a manipulação dos meios de comunicação influencia a liberdade de escolha do cidadão, pois este fica limitado subjetivamente pela máquina do poder político invisivelmente instalado no seio social.

O resultado disso é catastrófico, porquanto o estrato social mais vulnerável, que não possui condições de, por si só, saber os pontos convergentes ou divergentes da informação recebida (considerando que quase sua totalidade está

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 19.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 27.

⁶⁵ ASSUMPÇÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, p. 50.

mais preocupada, simplesmente, em como sobreviver), acaba sendo usado como instrumento para a perpetração do oligopólio.

Observa-se que o povo, uma subjetivação coletiva ou uma multidão, é um corpo político caracterizado por sua heterogeneidade, sendo que as suas demandas são expressas coletivamente no território onde exercem seu poder. Ao se estabelecer como a maneira pela qual a subjetivação política se manifesta no âmbito político, sua forma e construção são sempre voltadas para uma autopoiese, ou, dito de outro modo, origina-se de um processo político específico e não conduz à homogeneização de uma demanda, mas sim à organização do coletivo a partir de suas diferenças. Todavia, se não for desse modo, a estrutura resultante dessa subjetivação pode ser erroneamente interpretada como um tipo de nacionalismo popular que busca homogeneização, ou como uma forma de imperialismo contemporâneo, ambos os quais tendem a neutralizar e encerrar qualquer diversidade.⁶⁶

É justamente nessa última observação que se encontra o perigo anunciado anteriormente e que edifica o status de crise da democracia. De certa forma, isso ocorre porque as promessas da democracia real não puderam ser cumpridas. Como ressalta Bobbio, uma delas é a erradicação do poder invisível, frequentemente descrito como um "duplo estado". Este conceito sugere a existência de um estado invisível ao lado de um estado visível. Historicamente, a democracia surgiu com o objetivo de abolir o poder invisível em sociedades humanas, estabelecendo um governo cujas ações seriam públicas. No entanto, observou-se uma tendência não para um controle máximo do poder pelos cidadãos, mas para um controle máximo dos súditos pelo poder. Além disso, a situação se torna ainda mais desafiadora com o crescimento contínuo do aparato burocrático, um sistema de poder organizado hierarquicamente do topo para a base, em oposição ao modelo democrático de poder da base para o topo. Considerando que toda sociedade possui diferentes graus de poder e que um sistema político pode ser representado como uma pirâmide, numa sociedade democrática o poder deve fluir da base para o topo (poder ascendente), enquanto numa sociedade burocrática ocorre o inverso, do topo para a

⁶⁶ GARCÍA, Pamela Soto. Multitud y teoría ascendente del poder: reflexiones acerca de la posibilidad de una democracia radical. **Hermenéutica Intercultural Revista de Filosofía**, n. 25, pp. 131-155, 2016, p. 148.

base.⁶⁷

Como trabalhado no tópico anterior, a ascensão do neoliberalismo nas bases governamentais e sua dominância na economia como plano político exclusivo, assim como sua influência abrangente sobre todas as esferas e relações humanas, representam a verdadeira ameaça à democracia. Isso se deve ao potencial desse sistema de desvirtuar os pilares fundamentais da democracia, como a sociedade civil, a participação e a concepção de cidadania. Paralelamente, percebe-se um intenso debate sobre a legitimação do Estado, principalmente no contexto pós-revoluções liberais, exacerbado pelas críticas marxistas e econômicas do *welfare state* em razão da influência neoliberal. Este cenário revela uma falha na compreensão do liberalismo, que originalmente se opunha fortemente ao poder estatal e valorizava a autonomia individual, levando a uma interpretação equivocada de sua contribuição, o que contribui para a crise democrática atual.⁶⁸

O pensamento liberal continua a ressurgir, inclusive sob formas capazes de chocar pelo seu caráter regressivo e ostensivamente reacionário (não se pode negar a intenção punitiva que assume a luta pelo desmantelamento do estado assistencial, dirigida contra aqueles que se destacaram demais), pois está fundamentado em uma concepção filosófica da qual, gostemos ou não, nasceu o mundo moderno: a concepção individualista da sociedade e da história. Uma concepção que, de fato, a esquerda, exceto algumas formas de anarquismo, nunca enfrentou seriamente e da qual nenhum projeto de libertação pode prescindir, pois visa à libertação crescente (de quem, se não do indivíduo?). Não é por acaso que hoje ressurgem ideias contratualistas e se fala de um novo "contrato social". O contratualismo moderno nasce da derrubada de uma concepção holística ou orgânica da sociedade (a concepção segundo a qual, de Aristóteles a Hegel, o todo é superior às partes). Surge da ideia de que o ponto de partida de todo projeto social de libertação é o indivíduo singular com suas paixões (a serem dirigidas ou domadas), com seus interesses (a serem regulados e coordenados), com suas necessidades (a serem satisfeitas ou reprimidas).⁶⁹

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 27-33.

⁶⁸ ASSUMPÇÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, p. 42-43.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 126.

O exame atento de Bobbio, na passagem acima, demonstra esse desvirtuamento das bases clássicas do liberalismo ao destacar a filosofia individualista que está no cerne da sociedade atual. A crítica também sugere que a esquerda tem um certo grau de responsabilização sobre o atual quadro da democracia, porquanto falhou em confrontar adequadamente essa visão individualista mormente em razão da racionalidade neoliberal. Percebe que, para a real libertação dos indivíduos, é crucial combater os elementos causadores da crise da democracia.

Nesse sentido, a prática política deve ser avaliada à luz das realidades coletivas e dos conflitos inerentes à sociedade. A natureza dinâmica e complexa da sociedade deve ser, de certa forma, aceita pela política, não através de um consenso individualista, notadamente imposto de forma homogênea, mas sim pelo reconhecimento de que o coletivo é heterogêneo, cuja gestão deve recair através do dissenso.

É, pois, o que se extrai da contribuição de Pâmela Garcia ao explanar sobre a teoria do poder ascendente, para quem o caráter do coletivo deve ser sempre considerado a partir de sua diferença, pois é precisamente nessa condição que se baseiam sua força e vitalidade. De fato, o caráter da multidão que se apresenta ergue-se como parte do processo constitutivo do campo político, uma vez que essa subjetivação coletiva expressa que os atores que compõem esse coletivo se confrontam em relação a interesses, muitas vezes contrapostos. Isso implica o fim da pretensão de uma comunidade que se organiza a partir de uma unidade mítica perdida ou de uma demanda imprevisível e multiforme de uma coletividade espontânea e homogênea.⁷⁰

Esta proposta teórica apresentada visa deslocar o campo do político de uma lógica de consenso para uma lógica de dissenso, reconhecendo que cada um dos conflitos corresponde a realidades e situações historicamente determinadas e diferenciadas, que não podem ser homogeneizadas, pois respondem sempre a uma ordem particular. Além disso, essa condição expressa a determinação prática desta disciplina, considerando que, no campo do político, lidamos com processos dinâmicos e complexos que não podem ser delimitados de forma absoluta, nem fundamentados

⁷⁰ GARCÍA, Pamela Soto. **Hermenéutica Intercultural Revista de Filosofía**, p. 151.

em princípios transcendentais.⁷¹

Por certo que o poder ascendente não precisa vir, necessariamente, apenas através de uma democracia radical, podendo ressurgir pela estabilidade da democracia. É nesse contexto que a instrumentalidade ganha a sua importância, que, para todos os efeitos, pode ser entendida simplesmente como “respeito às regras do jogo”.

Evidencia-se que o pluralismo revela um atributo essencial da democracia moderna em comparação com a dos antigos: a liberdade, ou melhor, a licitude do dissenso. Essa característica fundamental se apoia no princípio de que o dissenso, desde que confinado dentro de certos limites (definidos pelas chamadas regras do jogo), não destrói a sociedade, mas sim a estimula. Uma sociedade onde o dissenso não é permitido é considerada uma sociedade morta ou destinada a morrer. No entanto, deve-se advertir, em relação às regras do jogo, que há uma distinção importante entre aceitar todas as formas de organização política, exceto aquela considerada subversiva (ou seja, a que não respeita as regras do jogo), e excluir todas as formas de organização política, exceto a oficial (ou seja, aquela que impõe não apenas as regras do jogo, mas também o único modo pelo qual o jogo deve ser jogado).⁷²

Para Bobbio, o debate sobre as regras do jogo é crucial e não pode ser descartado sem arriscar enfrentar um problema mal formulado e, portanto, insolúvel. Isso se deve a pelo menos duas razões: primeiro, o que diferencia um sistema democrático de sistemas não democráticos é o conjunto de regras do jogo. Aliás, não é apenas o fato de ter suas próprias regras, pois todos os sistemas as têm, mas principalmente pelo fato de que essas regras são muito mais sofisticadas do que as de outros sistemas e estão, em grande parte, constitucionalizadas. Nesse sentido, o autor adverte: aquele que não entende que por sistema democrático se refere principalmente a um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é importante, mas não a única, ainda não compreendeu nada sobre democracia. Em segundo lugar, é essencial incluir o debate sobre as regras do jogo em discussões sobre os atores e os meios de "fazer política", porquanto não se pode ignorar a estreita

⁷¹ GARCÍA, Pamela Soto. **Hermenéutica Intercultural Revista de Filosofía**, p. 152.

⁷² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 60-62.

relação entre as regras estabelecidas e aceitas do jogo político, por um lado, e os atores desse jogo e os instrumentos usados para conduzi-lo com sucesso, por outro.⁷³

Ainda que a instrumentalidade seja essencial para a manutenção da democracia, testemunha-se que apenas cumprir as regras do jogo, por si só, não é suficiente. Nesse sentido, a contribuição de Ferrajoli é salutar, sendo o toque final para a interconexão instrumentalidade-política-garantismo.

Para o autor, o constitucionalismo emergiu como um novo paradigma tanto no direito quanto na democracia, surgindo como uma renovação de ambos após as tragédias da primeira metade do século passado, incluindo totalitarismos e guerras mundiais. Após a constatação de que o poder das majorias havia permitido o surgimento de ditaduras, redescobriu-se o significado de "Constituição" como um conjunto de limites aos poderes públicos, já estabelecido século e meio antes pelo artigo 16 da Declaração de 1789, que enfatiza a garantia dos direitos e a separação dos poderes como essenciais para uma constituição, princípios estes negados pelo fascismo. Assim, as Constituições rígidas do pós-guerra, junto à Carta da ONU e outras cartas internacionais de direitos, estabeleceram cláusulas inalteráveis por qualquer maioria, como o princípio da paz e os direitos fundamentais. Observa-se que essa mudança resultou em uma transformação estrutural tanto do direito quanto da política, da democracia e, por conseguinte, da própria ciência jurídica.⁷⁴

⁷³ Bobbio utiliza de uma metáfora para explicar o presente ponto, comparando a um jogo real, que há as regras do jogo a ser jogado, os jogadores e suas jogadas. Assim, um jogo é definido pelo conjunto de regras que determina quem são os jogadores e como devem jogar, resultando no fato de que, uma vez estabelecido um sistema de regras do jogo, também estão definidos os jogadores e as jogadas possíveis. Qualquer pessoa pode preferir um jogo em que os adversários troquem socos e pontapés, desde que entenda que está propondo um jogo diferente, comparando, por exemplo, luta livre com boxe. No entanto, seria absurdo, a ponto de ser considerado insano, criar e defender um jogo em que um dos jogadores possa apenas dar socos enquanto o outro também pode dar pontapés; curiosamente, no debate político, isso ocorre com frequência. (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 64-67.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 29-30.

CAPÍTULO 2

PRISÃO E ORDEM PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como visto em Darcy Ribeiro, o colonialismo estabeleceu uma estrutura social estratificada na América Latina, onde a elite colonial implementou mecanismos de controle sobre a população nativa e escravizada. Este controle, baseado em desigualdades raciais, econômicas e sociais, perpetuou-se nas sociedades pós-coloniais, cujas estruturas coloniais continuaram a influenciar as sociedades latino-americanas, mantendo uma elite no poder e uma maioria marginalizada.

É com base neste contexto histórico que a evolução do sistema penal pode ser analisada, onde a prisão cautelar serve como um mecanismo adaptado de controle social pelo poder estatal. A história demonstra inequivocadamente que as elites latino-americanas, desde a colônia, sempre utilizaram a prisão, incluindo a cautelar, para manter a ordem pública e a hierarquia social, legitimando seu controle através da narrativa de segurança e ordem.

Com base nisso, compreender a relação entre a prisão e a ordem pública requer uma análise da genealogia legal do poder estatal na prisão preventiva e como este utiliza a prisão cautelar como ferramenta de controle social a partir da generalização e abstração da garantia da ordem pública. Partindo da base teórica estabelecida no capítulo anterior, este capítulo examina a evolução histórica e a justificação jurídica da prisão cautelar no contexto do Estado Democrático de Direito.

Utilizando a teoria de Darcy Ribeiro sobre a persistência das estruturas de poder, discute-se como essas práticas são legitimadas e mantidas, perpetuando as desigualdades sociais, inclusive, no manejo das prisões preventivas e o contexto da garantia da ordem pública. O capítulo se divide em dois subcapítulos: primeiro, traça-se a genealogia legal do poder estatal em relação à prisão cautelar; em seguida, analisa-se a garantia da ordem pública, destacando os reflexos jurídicos e políticos dessas práticas.

2.1 PRISÃO CAUTELAR: UMA GENEALOGIA DO PODER ESTATAL

As prisões cautelares são medidas adotadas pelo sistema judicial em diversos países para garantir a ordem pública, a segurança, a investigação criminal e a aplicação da lei. No entanto, há consensos e dissensos em relação a estas medidas, dependendo do contexto legal, cultural e social de cada país.

Por certo que, no momento da decretação de medida extrema de flexibilização da liberdade do indivíduo, questões importantes devem ser sopesadas, sob pena de incidir em arbitrariedades que não condizem com um sistema Democrático de Direito. Se por um lado é necessário medidas mais drásticas para que outros direitos sejam preservados, por outro, sempre haverá o receio de manipulações intransigentes das medidas cautelares.

Rogério Schietti, citando Aragonese, afirma que, “todavia, na busca da proteção assegurada ao processo pelas providências de cunho cautelar, interesses e direitos podem vir a ser sacrificados, em maior ou menor grau.”⁷⁵ Dentro desse cenário, é importante observar que a história do sistema penal brasileiro é complexa, marcada por mudanças políticas, sociais e econômicas ao longo dos séculos. A compreensão do contexto histórico, ainda que de forma simplória, é fundamental para analisar os desafios atuais e desenvolver o raciocínio proposto na presente pesquisa. Nesse sentido, pode-se dizer que o Brasil passou por quatro períodos históricos até chegar ao presente, quais sejam: colonial, imperial (1822), republicano (1889), ditadura militar (1964) e pós-ditadura (1985 até o presente).

No entanto, considerando a necessidade de delimitar o período de estudo, a presente pesquisa cindir-se-á ao final do período republicano, com marco na entrada em vigor do Código Penal e Código de Processo Penal até os dias atuais. Com o advento do Código de Processo Penal de 1941, deu-se outra visão em relação às medidas cautelares, em especial às prisões cautelares. Sabe-se que o atual ordenamento processualista penal foi confeccionado na “Era Vargas”, havendo forte influência da matriz fascista de Mussolini, com caráter autoritário.⁷⁶ Daí que surge a

⁷⁵ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021, p. 17.

⁷⁶ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**, p. 45.

necessidade de compreender a situação sociopolítica vivenciada no período a fim de possibilitar a compreensão das razões de política criminal da época.

Nesse sentido, inicia-se com uma breve análise da política criminal implementada por Mussolini e aderida pelo Estado brasileiro varguista. Mas, deve-se advertir que este trabalho não tem o condão de fornecer uma análise histórica detalhada do fascismo, nem busca esgotar o tema com conceitos ou teorias abrangentes. O fascismo é relevante para esta discussão devido à sua influência duradoura na concepção do sistema penal brasileiro, que continua a ter impacto atualmente.

O fascismo emergiu como um movimento revolucionário que alcançou o monopólio do poder político, desenvolvendo-se em uma forma única de totalitarismo, distinto do simples "mussolinianismo", era caracterizado por sua capacidade de se remodelar continuamente ao longo da história. Este movimento representou a "via italiana ao totalitarismo", construindo sua doutrina de Estado sobre as ruínas do Estado liberal. A doutrina fascista era centrada na ideia da supremacia do Estado sobre o indivíduo, cuja liberdade era vista apenas através do prisma do Estado e de seu interesse. Um dos momentos decisivos no estabelecimento do fascismo no poder político italiano foi a implementação de leis de "defesa do Estado", redigidas por Rocco, e essenciais para as ambições de Mussolini e para a legitimação das ações do regime.⁷⁷

Para Ricardo Jacobsen Gloeckner, o totalitarismo designa o governo fascista que busca o domínio absoluto da maioria, marginalizando e eliminando as minorias. O termo totalitarismo indica a violação das regras próprias da democracia constitucional, como a divisão dos poderes, a pluralidade de partidos e o mecanismo de representação. Contudo, o modelo de referência é a ditadura, estruturada a partir dos cânones do liberalismo: a ditadura como um desvio das normas constitucionais, uma suspensão "patológica" das liberdades fundamentais. É precisamente nesse

⁷⁷ NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945):** do Direito Penal Político Italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. [Dissertação], Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2010, p. 60-62.

sentido que Mussolini adotará o termo: como ruptura com a democracia liberal.⁷⁸

Alguns autores, como Giuseppe Maggiore, adepto à ideologia do fascismo, interpretava o termo "totalitário" de forma positiva, em contraste com "autoritário", que considerava negativo e ultrapassado. Para ele, "totalitário" estava associado à ideia de ação e inovação, refletindo as lições do período pós-guerra. Segundo esta visão, um Estado é considerado totalitário quando nação, povo e raça estão interligados, formando uma unidade homogênea. O lema de Mussolini, "tudo no Estado, nada fora do Estado e nada contra o Estado", reflete essa concepção de um Estado que domina todos os aspectos da vida individual e moral.⁷⁹

A bem da verdade, o ponto positivo do totalitarismo, segundo Maggiore, encontrava-se justamente no fato de ser uma tentativa revolucionária de quebra de paradigma, pois o autoritarismo era percebido como falho ao não representar o todo unitário da política e por permitir a existência de individualismos e divisões de classes. Assim, o termo totalitário nada mais é do que uma revolução dentro do próprio Estado, marcando a rejeição do antigo liberalismo.⁸⁰

Cumprido esclarecer que o totalitarismo, parte da história contemporânea do Estado, manifestou-se, como exemplo, nas experiências stalinista, nacional-socialista e fascista e, diferentemente, do autoritarismo e autocracia, o totalitarismo busca a concentração absoluta do poder político, econômico e ideológico, além de manipular a opinião pública. Nesse regime, o Estado invade e controla todas as esferas da vida, desde a economia até a vida social e familiar, seguindo uma ideologia única. O totalitarismo visa destruir a condição humana, eliminando a espontaneidade e transformando a personalidade em uma entidade homogênea. Este regime é caracterizado por dogmatismo ideológico, identificação do partido com a coletividade, e imposição estatal através da força e do terror. O totalitarismo, como uma face extrema da modernidade, visa transformar a natureza humana, utilizando estratégias ideológicas e de poder para forjar uma realidade uniforme e controlada.⁸¹

⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no Processo Penal Brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 58-59.

⁷⁹ apud NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)**, p. 59.

⁸⁰ NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)**, p. 59.-60.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª ed. rev. e atual. [versão eletrônica Le Livros]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104-106.

Enquanto o fascismo crescia na Itália, no Brasil, o período denominado de Estado Novo foi criando formas. Embora não tenha levado, oficialmente, a terminologia de totalitarismo, não se pode ignorar a grande influência e compatibilidade de ideias entre os regimes. Os idealizadores do Estado Novo eram conservadores e atribuíam a ineficiência e baixa produtividade aos excessos do liberalismo constitucional, como a crença desmedida no regime representativo, falta de disciplina, liderança fragmentada e um nacionalismo inadequado. Todavia, é possível perceber que este regime incorporava elementos fascistas, como a ênfase na autoridade e no planejamento nacional, além da confiança numa elite burocrática e apolítica.⁸²

O autoritarismo do Estado Novo era visto como uma solução para acabar com conflitos sociais, disputas partidárias e limitar a liberdade de expressão, que supostamente enfraqueciam o país. Segundo a corrente autoritária, caberia ao Estado a tarefa de organizar a nação, promovendo o desenvolvimento econômico e o bem-estar geral em um Brasil fragmentado. Este cenário político foi contextualizado pelo golpe de 10 de novembro, sustentado por discursos que apresentavam a ação como uma resposta aos desejos populares e uma necessidade diante das ameaças de comunistas e integralistas. A democracia liberal era vista como inadequada para manter a ordem diante dessas supostas ameaças.⁸³

Mas, ainda que o fascismo italiano e a doutrina estadonovista tivessem suas semelhanças, não eram totalmente compatíveis, pois cada uma detinha suas peculiaridades. Se, por um lado, o fascismo italiano surgiu de um movimento organizado que conquistou o poder, com o partido fascista desempenhando um papel crucial, representando a vontade nacional e mobilizando a população; por outro, o regime brasileiro de 1937 não emergiu de uma revolução ou contou com o apoio de um partido, pois todos estavam proibidos. Além disso, enquanto os fascistas formaram um movimento de massas, a ditadura do Estado Novo no Brasil, instaurada por Vargas, ocorreu sem mobilização popular, apoiada unicamente por políticos tradicionais e pelas Forças Armadas, e não buscava projeção internacional como o

⁸² SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem Pública e Prisão Preventiva: Uma investigação histórico-política. **Revista da Defensoria Pública RS**. 15 ed. Porto Alegre, 2016, p. 76.

⁸³ SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Revista da Defensoria Pública RS**, p. 76.

fascismo, focando-se em soluções nacionais.⁸⁴

Durante o regime fascista, a preeminência do Poder Executivo, simbolizada na figura unificada do chefe de governo, foi um aspecto central dessa hegemonia, que se fortaleceu através da absorção do poder legislativo, dando uma resposta à insatisfação generalizada com o parlamentarismo. Utilizando-se de argumentos técnicos e citando exemplos de países liberais, como o papel da Suprema Corte dos EUA na regulação, Rocco conseguiu que o Parlamento italiano aprovasse a transferência de poderes legislativos para o Executivo. Assim, com essa mudança, a legislação passou a ser adaptável às necessidades e circunstâncias do regime fascista.⁸⁵

Adentrando-se ao aspecto legal, especialmente em relação à legislação penal, no ambiente autoritário vigente à época, é compreensível a natureza jurídico-política do Código de Processo Penal criado durante esse período. Nesse sentido, Guilherme Souza ressalta que, aproveitando-se da autoridade concedida pelo artigo 180⁸⁶ da Constituição de 1937, o presidente da República, em colaboração com Francisco Campos, estabeleceu o novo código processual através do decreto-lei nº 3.689, emitido em 3 de outubro de 1941.⁸⁷

Para Ricardo Gloeckner, a ideologia de Francisco Campos demonstra a filosofia adotada para a elaboração do Código Penal e Código de Processo Penal, pois este entendia que o processo penal era um imperativo da Constituição de 1937, como já era na de 1934, mas que os legisladores não haviam conseguido finalizar. O objetivo era emprestar maior energia repressiva ao Estado. Segundo Campos, “nossas leis vigentes do 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 terá de ser deficiente, decorrendo daí um estímulo indireto à criminalidade”. De acordo com o autor, seria necessário abolir o primado do interesse individual sobre o da tutela social, pois “não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou colidência com o bem

⁸⁴ SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Revista da Defensoria Pública RS**, p. 76-77.

⁸⁵ NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)**, p. 62-63.

⁸⁶ “Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.” (Brasil, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1937).

⁸⁷ SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Revista da Defensoria Pública RS**, p. 77.

comum”.⁸⁸

É, portanto, com este pensamento ideológico que a legislação penal e processual penal formaram suas bases. Constata-se, inclusive na parte especial do código penal, a ideologia fascista se manifestando através da formulação de um sistema de valores alinhado com a nova concepção de Estado. Nesse contexto, o Direito Penal político se torna um exemplo proeminente da influência fascista na legislação da época, pois o criminoso, especialmente aquele que comete atos contra a identidade do Estado, é considerado um inimigo da nação, justificando assim uma resposta estatal severa e agressiva.⁸⁹

Relativamente ao que tange às prisões cautelares, no artigo 313 do Código, a prisão preventiva era prevista como meio de garantir a ordem pública, assegurar a instrução criminal ou a execução da lei penal. Atenta-se para a expressão "ordem pública", pois se destacava no texto legal devido ao seu caráter abstrato e flexível, permitindo diversas interpretações. Ressalta Guilherme Henrique Mariani de Souza que, inobstante a influência nazifascista de autores italianos e alemães na conceituação de ordem pública, este conceito já estava sendo moldado no Brasil, remontando-se esta ideia às expulsões de estrangeiros acusados de incitar ideias subversivas entre trabalhadores que reivindicavam melhores condições de trabalho.⁹⁰

O autor, referenciando o estudo de Boris Fausto (1984), ilustra esse ponto ao analisar dados de prisões em São Paulo entre 1892-1896 e 1912-1916, evidenciando a crescente preocupação policial com a ordem pública, especialmente na repressão a contravenções comuns como embriaguez, desordens e vadiagem. Um ponto digno de nota está no fato que, entre esses períodos, observou-se uma inversão na frequência de prisões por embriaguez e desordens, com um decréscimo das últimas e um aumento das primeiras, o que pode ser justificado porque, em que pese muitas vezes os desordeiros estavam embriagados, a desordem estava mais ligada às levadas de imigrantes, cujos comportamentos atraíam a atenção policial, que estava sempre preocupada com a ordem pública brasileira.⁹¹

⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**, p. 132.

⁸⁹ NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)**, p. 77-78.

⁹⁰ SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Revista da Defensoria Pública RS**, p. 77.

⁹¹ SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Revista da Defensoria Pública RS**, p. 78.

Desse modo, muito embora a ideologia fascista tenha, de certa forma, influenciado a ordem do pensamento jurídico-político da política criminal da época, o exemplo citado acima demonstra que, no Brasil, ideologias mais afeitas ao autoritarismo já haviam sido implementadas há bastante tempo. Aliás, pode-se dizer que esse conservadorismo remonta à Constituição do Império (1824), sendo codificado na legislação penal com o código criminal escancaradamente voltado à clientela, ou seja, escravos e afins.⁹²

No que tange ao Código de Processo Penal Brasileiro, percebe-se que este é frequentemente visto como uma versão mal adaptada do *Codice Rocco* italiano, embora alguns autores possam discordar disso.⁹³ Todavia, independentemente da real origem filosófica, a semelhança entre eles não pode ser considerada mera coincidência, como aponta o trabalho de Ricardo Jacobsen Gloeckner.

Assim, inobstante as críticas sobre a sua origem, pode-se reconhecer que, assim como as acepções filosóficas da Alemanha nazista pôde influenciar e se espalhar pela Europa, causando a Segunda Guerra Mundial, é possível reconhecer que o pensamento jurídico-penal e criminológico desenvolvido na era fascista, igualmente, pôde transcender fronteiras e ultrapassar a mera forma legislativa, ou seja, ainda que não tenha sido oficialmente o texto base para o Código de Processo Penal brasileiro, suas ideologias estão, de certa forma, escancaradas, um exemplo disso é a própria argumentação que Francisco Campos utiliza na exposição de motivos:

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as

⁹² SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Revista da Defensoria Pública RS**, p.78.

⁹³ Nesse sentido, ver: BORGES, Clara Maria Roman. Uma genealogia dos discursos críticos ao autoritarismo do Código de Processo Penal Brasileiro. **Sequência - Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 87, Florianópolis, 2021.

mais acertadas e urgentes reformas legislativas.⁹⁴

Portanto, a par das semelhanças, é possível que a ideologia de Mussolini, estampada do Código Rocco, tenha desempenhado um papel essencial na evolução da cultura processual penal no Brasil a partir da década de 1940, também sendo responsável por influenciar significativamente a maneira como juristas, legisladores, juízes, promotores e advogados brasileiros passaram a entender o processo penal e sua funcionalidade. Por esta razão, contribuiu substancialmente para fortalecer a concepção inquisitiva de que o processo penal é, em sua essência, um instrumento repressivo.⁹⁵

Nesse sentido, é importante salientar que, apesar das mudanças políticas, essa abordagem processual penal fascista não introduziu novas categorias processuais, mas reutilizou as já existentes. A bem da verdade, os juristas, a serviço de Mussolini, readequaram o legado inquisitorial por meio de novos discursos justificativos, combinando elementos da tradição jurídico-penal liberal (desprovidos de sua substância essencial), do positivismo e da ideologia fascista. Esse movimento, amparado pela corrente do tecnicismo jurídico, que se autodeclara técnica e neutra, pode ser o responsável pela facilitação ou a criação e legitimação de um processo penal extremamente autoritário, mais voltado do que nunca para a defesa do Estado-sociedade.⁹⁶

Essa percepção pode ser vista a partir da análise da Lei nº 38/1935, Lei de Segurança Nacional, restando evidente que havia, à época, um foco autoritário na proteção do governo de Getúlio Vargas, em vez de uma preocupação abrangente com a segurança nacional. Ressalta-se que tudo isso refletia o desejo de Vargas de centralizar, no Estado, a sua própria figura. A Lei era estruturada de forma abrangente, tratando desde crimes contra a ordem política, contra a ordem social, da propaganda subversiva, dos crimes cometidos por meio da imprensa a normas relativas a

⁹⁴ CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**, 08 de setembro de 1941. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 23 nov 2023.

⁹⁵ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no Processo Penal Brasileiro: O fetiche pelo princípio inquisitivo e o “Isomorfismo Reformista”. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, n. 80, pp. 107-133, jan./jun. Belo Horizonte, 2022, p. 109-110.

⁹⁶ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, 2022, p. 110-111.

estrangeiros, em particular o processo de cancelamento da naturalização daqueles envolvidos em atividades políticas subversivas. Cumpre salientar que, em 1938, após um ataque integralista, ocorreu uma reforma na legislação de segurança nacional, resultando no Decreto-Lei nº 431, que englobava as disposições da Lei nº 38/1935. Aliás, um aspecto relevante a ser analisado, além das semelhanças observadas com o regime de Mussolini e sua aplicabilidade ao contexto brasileiro, é a manutenção dos crimes políticos fora do Código Penal de 1940 e a criação do Tribunal de Segurança Nacional.⁹⁷

Assim, percebe-se que muitas ideias e paradigmas nucleares da inquisição, focados em maximizar a efetividade do poder punitivo, como a concepção do processo como um instrumento repressivo, a necessidade de um processamento rápido e voltado para a busca da verdade real, a visão do acusado como um inimigo social, a atitude ativa e determinada do juiz na busca por provas (assegurando uma suposta justiça substancial), a ideia de que garantias, contestações e recursos são desnecessários e impedem o exercício do poder punitivo, e a presunção de culpa do acusado, permaneceram presentes após o fim do período absolutista, tanto na tradição jurídico-penal liberal quanto no positivismo e na processualística tecnicista-fascista, embora respaldadas por discursos e justificativas distintos.⁹⁸

Além disso, deve-se ter em mente que o fascismo, assim como o nazismo e o stalinismo, como exemplos, é considerado *totalitário*, enquanto a grande maioria das ditaduras, em especial as ocorridas na América Latina, detenham primordialmente um caráter mais *autoritário*, não chegando a serem reconhecidas como totalitárias.⁹⁹

Sopesadas essas questões políticas, e adentrando-se ao estudo da prisão, cumpre salientar que o Código de Processo Penal, na era estadonovista, demonstrou esse lado autoritário do Estado, eis que já nasceu prevendo, em seu art. 312, a obrigatoriedade da prisão preventiva em determinados casos, especialmente

⁹⁷ HORN, Manuela Bittar. **O duplo nível de legalidade e os crimes contra a economia popular no direito penal autoritário: Itália fascista versus Estado Novo brasileiro (1927-1945)**. [Dissertação]. Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013, p. 82-84.

⁹⁸ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, 2022, p. 111.

⁹⁹ Para avançar no estudo sobre autoritarismo e totalitarismo, ver ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

àqueles cuja pena máxima estivesse no patamar igual ou superior a 10 anos.¹⁰⁰

É possível perceber que a obrigatoriedade da prisão preventiva está intimamente relacionada ao tecnicismo jurídico, pois, segundo Manuela Horn, a dinâmica anterior entre a lei como expressão do poder e a lei como garantia de direitos foi substituída por uma visão jurídica que via a lei principalmente como a vontade do Estado. A conexão original entre direito penal e liberdades públicas foi suplantada por uma legalidade a serviço do poder político, pois o tecnicismo jurídico, inaugurado na Itália fascista, marcou um movimento para reafirmar a aderência do sistema penal à legalidade, como contraponto às tendências antiliberais da escola positiva. Essa abordagem implicava em uma espécie de abdicação por parte da ciência jurídica, que deixava de fazer julgamentos de valor sob a autoridade do legislador, passando a focar na técnica ou dogmática. Esta erosão dos valores que norteavam a legalidade, aliada à neutralidade percebida na ciência jurídica, criou um terreno propício para a manipulação autoritária do direito penal¹⁰¹, o que pode justificar a adoção da obrigatoriedade da prisão tão somente baseada no *quantum* máximo da pena.

Com o passar do tempo, observa-se que houve um aparente progresso na abordagem processual da prisão preventiva, pois, em 1967, foi promulgada a Lei nº 5.349¹⁰² que retirou a sua obrigatoriedade quando a pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 anos. Se, por um lado a retirada da obrigatoriedade da prisão preventiva pôde representar um aparente avanço importante do ponto de vista das garantias individuais; por outro, representou um retrocesso ao prever a possibilidade de prisão preventiva, ainda que de crime afiançável, quando o indiciado for “vadio”.

Essa involução sugere a ideologia da época, eis que a Lei foi promulgada em plena ascensão da ditadura militar de Costa e Silva. Como visto, a constatação da condição de “vadio” é contravenção penal e não crime, a previsão de possibilidade de

¹⁰⁰ Redação Original: “Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.” (Brasil, **Código de Processo Penal**, 1941).

¹⁰¹ HORN, Manuela Bittar. **O duplo nível de legalidade e os crimes contra a economia popular no direito penal autoritário**, p. 60.

¹⁰² Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada: I - nos crimes inafiançáveis; II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la; III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado. (Brasil, **Lei nº 5.349**, 1967).

prisão cautelar, qualquer que seja a pena, fundamentada na vadiagem, conceito abstrato, demonstra a forma manipuladora da ditadura. Assim, percebe-se que, muito embora eliminou o caráter obrigatório da norma da prisão preventiva, não indicou um relaxamento na sua aplicação, pois o período de institucionalização da ditadura não permitia limitar o abrandamento da prisão preventiva.

Além disso, em 1977, a Lei 6.416 veio modificar novamente o art. 313¹⁰³ do Código de Processo Penal, abrangendo a possibilidade de decretação da prisão preventiva independentemente de o crime ser afiançável ou não, adotando como critério se a pena é de reclusão ou detenção. A mudança trouxe o lado positivo de, tecnicamente, afastar a automaticidade da prisão preventiva nos casos de crimes inafiançáveis, além de fazer um certo “recorte” nos casos de reincidência ao reconhecer a exceção prevista no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.¹⁰⁴

Todavia, manteve a possibilidade de prisão nos casos em que o indiciado seja reconhecido como vadio ou quando houvesse alguma dúvida acerca de sua identidade ou diante de a pessoa não venha a fornecer dados suficientes para que ela possa ser identificada. Nesta seara, percebe-se que, com tal edição, passou-se a existir a possibilidade de não aplicação da prisão preventiva obrigatória, havendo a aplicação em maior escala da liberdade provisória.

Nesse sentido, Rogério Schietti acrescenta a reforma de 1977 praticamente inutilizou o instituto da fiança. De fato, desde que o autor de qualquer crime passou a poder ser beneficiado pela liberdade provisória sem fiança (artigo 310, parágrafo único do CPP) – deixando de lado a controvérsia sobre essa permissão se estender aos crimes hediondos e assemelhados – a fiança passou a ser útil apenas para que o autuado em flagrante por crime punido com prisão simples ou detenção pudesse ser libertado mais rapidamente pela própria autoridade policial. Isso ocorre

¹⁰³ Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão; II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal. IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.” (Brasil, Lei 6.416, 1977) (Brasil, **Lei 6.416**, 1977)

¹⁰⁴ “Art. 46. [...] Parágrafo único. Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.” (Brasil, **Código Penal**, 1940 - Texto não compilado)

porque, em tal hipótese, prevista no artigo 322 do CPP, não se exigia a participação prévia do juiz e do Ministério Público. Ademais, quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo, a lei não permite a liberação do autor mediante pagamento de fiança, mas apenas a assinatura de um termo de comparecimento a uma futura audiência, conforme dispõe o artigo 69 da Lei nº 9.099/95.¹⁰⁵

Essa alteração é considerada um progresso legislativo em relação ao ordenamento jurídico desde sua implementação e funcionamento ao longo dos períodos do Império e da República. Isso se deve ao fato de que, frequentemente, as razões para manter uma pessoa presa ou soltá-la eram baseadas em fatores que não estavam diretamente relacionados à necessidade real da situação.¹⁰⁶

Ao longo do tempo, as leis processuais penais receberam várias atualizações, nas quais foram consideradas diferentes abordagens para a aplicação das medidas cautelares, especialmente no que se refere à prisão, em certos tipos de delitos. É importante destacar que, após sua formulação inicial em 1941, essas leis sofreram alterações significativas, particularmente durante o período da Ditadura Militar no Brasil, que durou de 1964 a 1985, um tempo marcado pela suspensão de diversos princípios do Estado de Direito.

A prisão preventiva obrigatória foi abolida pela Lei nº 5.349/67, que deu a redação atual ao artigo 311 do Código de Processo Penal. A possibilidade de manter-se em liberdade o réu pronunciado ou condenado surgiu com a alteração dos artigos 408, 594 e 596 do CPP pela Lei nº 5.941/73, conhecida como Lei Fleury, em homenagem àquele que, por motivos questionáveis, inspirou sua rápida promulgação. O alargamento da liberdade provisória sem fiança, que passou a ser cabível na forma do parágrafo único acrescentado ao artigo 310 do CPP, quando o juiz verificasse “a inexistência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva”, foi instituído pela Lei nº 6.416/77.¹⁰⁷

Posteriormente a essas alterações, o art. 313 do Código de Processo Penal (CPP) sofreu uma modificação em 2006, com a adição do inciso IV, que possibilitou a decretação da prisão preventiva em situações de violência doméstica e

¹⁰⁵ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**, p.47.

¹⁰⁶ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**, p. 47.

¹⁰⁷ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar**, p. 46.

familiar contra a mulher. Já em 2011, o CPP passou por uma revisão importante com a Lei nº 12.403, que reformulou novamente o art. 313. Esta revisão definiu novos critérios para a aplicação da prisão preventiva nos seguintes contextos:

Primeiramente, em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Além disso, se o indivíduo já tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, a prisão preventiva é igualmente aplicável, exceto nos casos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal. Outra situação prevista é a possibilidade de a prisão cautelar ser decretada não apenas para os crimes envolvendo violência doméstica e familiar, passando a abranger grupos vulneráveis como mulheres, crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência, visando assegurar a execução de medidas protetivas de urgência.

Ademais, foi incluído um parágrafo único que permite a prisão preventiva em casos de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou na ausência de elementos suficientes para esclarecê-la, passando a determinar o dever de o preso ser imediatamente liberado após a identificação, a menos que haja outra justificativa para manter a medida.

Por fim, sua última alteração ocorreu em 2019, com a entrada em vigor da Lei 13.964, conhecida como Pacote Anticrime. Embora tenha mantido a redação do caput e incisos do art. 313, transformando o parágrafo único em §1º, acrescentando o §2º com a seguinte redação: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.”¹⁰⁸

A inclusão do §2º, citado acima, demonstra a aceção garantista compartilhada pelas bases principiológicas da Constituição Federal e representa uma clara tentativa de barrar a onda massiva de prisões preventivas a qualquer custo e, comumente, decretadas com a nítida finalidade de cumprimento antecipado de pena. Todavia, é uma lástima o legislador não ter aproveitado a oportunidade de reconhecer, também, a inadmissibilidade da prisão preventiva, nesse contexto, quando da prolação da sentença ou acórdão, o que pode abrir margem para a relativização das

¹⁰⁸ BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

preventivas nestas ocasiões, inobstante a nova redação do art. 312 do CPP¹⁰⁹, que acrescenta o requisito do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Nesse sentido, Ana Carolina Mezzalira *et al* ressaltam que a detenção de um indivíduo antes de uma condenação final sempre provocou amplas reflexões e debates no campo do Direito Processual Penal, considerando o peso que essa decisão tem, pondo em risco uma das garantias fundamentais do cidadão: a sua liberdade. Com isso, a necessidade de definir limites claros para a aplicação da prisão preventiva vem sendo uma constante desde os primeiros documentos legais no Brasil, intensificando-se a preocupação com possíveis abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela decretação dessa medida, na ausência de regulamentações legais adequadas.¹¹⁰

A autora ressalta que a introdução do Princípio da Presunção de Inocência na Constituição Federal de 1988 estabeleceu barreiras legais contra detenções arbitrárias pelo Estado no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, essa garantia constitucional não estava alinhada com a legislação processual penal da época, criada em 1941 sob o regime autoritário de Getúlio Vargas. Reconhecendo a incongruência entre a Constituição e as leis penais vigentes, o legislador brasileiro tem buscado, ao longo dos anos, alinhar esses documentos legais por meio de reformas processuais, que, embora necessárias, muitas vezes se mostraram inconsistentes e descoordenadas.¹¹¹

Ao analisar o histórico de modificações do art. 313 do CPP, é possível compreender a forma com que essas alterações foram sendo feitas, baseadas no momento político vivido, o que sugere a interligação heteropoiética entre o sistema jurídico e político, isto é, a relação de influência que o Estado exerce sobre a forma de administrar a justiça.

¹⁰⁹ Art. 312. 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Brasil, **Código de Processo Penal**, 1941).

¹¹⁰ MEZZALIRA, Ana Carolina et al. Prisão Preventiva e Lei Anticrime: as (falsas) expectativas sobre as reformas legislativas em face da linguagem de poder das decisões judiciais pre-trial. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 85-103, 2020, p. 86.

¹¹¹ MEZZALIRA, Ana Carolina et al. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, p.86-87.

Nesse contexto, é crucial ressaltar que, considerando as diversas relações de poder, torna-se praticamente impossível entender o fenômeno das prisões cautelares sem avaliar o grau de influência exercido sobre ele. Em razão disso, tem-se que a percepção da legitimidade do direito por meio de um sistema heteropoiético permite compreender a dimensão do princípio democrático e sua performatividade, não apenas do ponto de vista da ciência política como regime de governo, mas dentro dos diversos sistemas vigentes. Quando se fala em legitimidade democrática do direito, defende-se a ideia de que o jurídico e o político estão inter-relacionados como fatores imprescindíveis de legitimação recíproca. Assim, visualizar a democracia como fator de legitimação, não só do Estado, mas também do próprio direito, torna-se fundamental para discernir a conjuntura jurisdicional e os problemas encontrados cotidianamente na prática processual penal forense.¹¹²

Constata-se, portanto, a periclitante situação doravante sob o ponto de vista dogmático-normativo, pois, ao ignorar as relações de poder existentes nos mais variados sistemas, corre-se o risco de se resvalar nos dogmas normativos fixados desde a promulgação do Código de Processo Penal, ou seja, à la tecnicismo jurídico; não obstante a guinada axiológica de paradigma com o advento da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o juiz, sendo um ser humano como qualquer outro, dotado de mortalidade e falibilidade, não está isento de seguir as normas jurídicas, não podendo atribuir à lei uma interpretação baseada em um ato de vontade pessoal, nem transformar a interpretação jurídica em um instrumento de acordo com seus próprios desejos, de modo que apenas ele seria capaz de justificá-la.¹¹³ Contudo, ao que parece, a relutância em modificar as práticas autoritárias, apesar da democratização do processo penal a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, encontra-se enraizada no próprio sistema, além da já mencionada mentalidade do juiz.

Relativamente ao processo de redemocratização do Brasil,

¹¹² ASSUMPÇÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, p. 62.

¹¹³ CUNHA, Tiago Lorenzini. DIAS, Paulo Thiago Fernandes. O caso da prisão temporária decretada de ofício: A operação “Lava Jato” e a crise no processo penal brasileiro. In SÍLVIA JÚNIOR, José Mario Brem da; GHIGGI, Marina Portella; CUNHA, Carolina Costa (Orgs.). **Forum de Ciências Criminais**. [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 105-106

precisamente na seara das ciências penais, é importante destacar, primeiro, que as críticas à arbitrariedade do regime militar focaram-se principalmente na repressão política aos seus opositores, promovida pelos órgãos de tortura clandestinos, estendendo-se apenas de forma limitada à repressão violenta e cotidiana dos órgãos policiais, militarizados ou não, possivelmente devido à naturalização da violência na sociedade brasileira. Essa situação foi exacerbada pela coincidência, nos anos 1980, entre o fim do regime militar, a grave crise econômica e social, e o aumento expressivo das taxas de criminalidade, especialmente de roubo e homicídio. Segundo, as críticas ao sistema de segurança pública se concentraram apenas nos malefícios da federalização, consequência de uma aversão social ao autoritarismo, que foi ressignificada como aversão à concentração de poderes na esfera federal.¹¹⁴

Os limites da redemocratização são evidentes na necessidade de que a gestão democrática esteja vinculada a princípios democráticos, independentemente do nível de governo. Mas a descentralização não foi acompanhada por reformas estruturais significativas, como, por exemplo, ocorreu em São Paulo e Rio de Janeiro, onde houve adaptação e mitigação nos projetos de segurança pública, cujas reformas das corregedorias foram substituídas por mudanças no currículo e na estrutura das academias de polícia, impactando mais os futuros membros. Não foram implementadas medidas de expurgo de oficiais envolvidos em práticas repressivas, visando a eficiência administrativa e a pacificação de conflitos internos. Além disso, as limitações orçamentárias da crise econômica, a falta de apoio, evidenciada pelas sucessivas trocas de secretários de segurança, resultou no abandono do projeto.

¹¹⁴ Com o fortalecimento dos governadores, após as eleições de 1982, uma série de diplomas legais devolveu aos governadores a competência para a direção e o controle das polícias estaduais. Entre esses diplomas, destacam-se: o Decreto 82.020/1978, estabelecendo que o oficial do Exército na função de comandante da Polícia Militar ficaria à disposição dos governadores por dois anos. O Decreto-lei 2.010/1983, determinando que o comando das Polícias Militares fosse atribuído preferencialmente a oficial da ativa do último posto da corporação. O Decreto 88.777/1983, restringindo o controle direto do Exército às operações de defesa interna e territorial, como convocação de guerra e calamidade pública. No entanto, essa devolução de competências manteve dispositivos que permitiam o controle das Forças Armadas sobre as polícias estaduais, tais como o Decreto 88.777/1983, vinculando o comando da Polícia Militar ao comando do Exército em casos de perigo à ordem pública e incluiu a Polícia Militar no sistema de informações do Exército quanto à organização, legislação, efetivos, disciplina, ensino, adestramento e material bélico. A rescisão de convênios, que pouco antes da posse dos governadores de oposição, foram rescindidos os convênios que compartilhavam com as polícias estaduais a competência para repressão política, com a transferência dos arquivos e do pessoal para órgãos federais fora do alcance da oposição política (Guerra, Maria Pia. Machado Filho, Roberto Dalledone. O regime constitucional da segurança pública: Dos silêncios da Constituinte às deliberações do Supremo Tribunal Federal. **RIL Brasília**, n. 219, a. 55, jul./set. 2018, p. 159-161).

Assim, as reformas da redemocratização ficaram restritas à descentralização.¹¹⁵

Essa situação da segurança pública na redemocratização revela que, apesar da descentralização promovida no período, as reformas estruturais na segurança pública foram insuficientes. Os governadores que então assumiram o controle da polícia estadual enfrentaram desafios significativos ao tentar implementar mudanças, resultando tão apenas na adaptação e mitigação de projetos de reforma. Daí sendo possível compreender que esta insuficiência nas reformas estruturais contribuiu para a perpetuação de práticas repressivas no âmbito social.

Além disso, a prisão provisória e a prisão preventiva, como se sabe, frequentemente eram utilizadas como instrumento de controle social e têm um impacto desproporcional sobre os “vadios”, ou seja, pobres e marginalizados, não só refletindo, mas também reforçando as consequências oriundas da estratificação social. A manutenção de tais práticas repressivas sem uma reforma estrutural adequada perpetua as desigualdades, marginalizando ainda mais aqueles que já estão em situação de vulnerabilidade. Portanto, a falta de reformas profundas na segurança pública durante a redemocratização teve um efeito duradouro, perpetuando a desigualdade e a marginalização através do sistema penal.

2.2 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A trajetória evolutiva do Estado de Direito, caracterizada por períodos de instabilidade institucional e uso excessivo da força, levou ao estabelecimento da distinção entre poder militar e poder civil. A predominância de um sobre o outro na estrutura política define se o regime é militar ou não, cada qual com diferentes impactos sobre a democracia. Veja-se que a maioria dos Estados, pós Segunda Guerra Mundial ou ditaduras no caso da América Latina, adota regimes civis democráticos, onde geralmente o Chefe de Estado controla as Forças Armadas, com variações no grau de influência do Parlamento ou de outros órgãos coletivos.¹¹⁶

¹¹⁵ GUERRA, Maria Pia. MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. **RIL Brasília**, p. 160-161.

¹¹⁶ GARCIA, Emerson. As forças armadas e a garantia da lei e da ordem. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 10, n. 92, pp. 01-20, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2009v10e92-207>> Acesso em 10 dez 2023.

Como visto, fica evidente que o princípio democrático, baseado na participação popular na escolha dos governantes e na renovação contínua do poder, é fundamentalmente incompatível com regimes militares. Enquanto a democracia requer liberdade, os regimes militares são marcados pelo uso da força ou pela manipulação do sistema para excluir o pluralismo político, frequentemente visando a perpetuação no poder de um indivíduo ou grupo. Assim, princípios democráticos e regimes militares são conceitualmente antagônicos e não podem coexistir, especialmente porque não existem mecanismos eficazes para fiscalizar aqueles que controlam a força e mantêm o poder por meio dela.¹¹⁷

A história da ordem pública e das implicações políticas do seu controle pelo Estado, ao longo dos séculos XIX e XX, é explorada através do que é conhecido como o dilema da ordem pública, que destacava a tensão nas decisões políticas sobre reprimir ou não protestos públicos e como essa repressão deveria ser implementada. Diante dos altos custos políticos de uma repressão violenta, os governos foram impelidos a buscar métodos que reduzissem esses custos na manutenção da ordem pública. Estratégias como o uso de técnicas não letais e a institucionalização de formas de protesto, como greves e manifestações, foram adotadas. No entanto, esta não foi uma evolução linear, mas uma dinâmica complexa, cujas soluções e resultados são indicativos dos regimes políticos, forças policiais e movimentos sociais. Portanto, os fundamentos que se escondem por trás da ordem pública têm um viés histórico, demonstrado através das mudanças implementadas no sistema política e executadas pela força policial ou militar.¹¹⁸

Relativamente ao ponto, constata-se que os procedimentos da lei criminal destacam a proteção das liberdades individuais no contexto da manutenção da ordem pública. Assim, a legislação pode ser vista tanto como um instrumento para a manutenção da ordem quanto, frequentemente, como um obstáculo a ela, pois a tarefa de manter a ordem deve respeitar os limites impostos pela lei para garantir os direitos individuais. Por outro lado, a estrutura burocrática da polícia judicial, como exemplo, valoriza a iniciativa e a eficiência dos policiais, enquanto o Estado de Direito

¹¹⁷ GARCIA, Emerson. **Revista Jurídica da Presidência**, p. 02

¹¹⁸ GONÇALVES, Gonçalo Rocha. Polícia, ordem pública e “novas” formas de vigilância: as dinâmicas e os dilemas da segurança. **Análise Social**, 204, XLVII (3.º), 2012, p. 714.

prioriza os direitos dos cidadãos e limita as ações policiais. Essa dicotomia reflete uma tensão entre a demanda por ordem e o respeito aos direitos dos cidadãos.¹¹⁹

Nesse contexto, os aspectos de perigo, autoridade e a busca por eficiência nas instituições, incluindo organizações policiais, contribuem para a institucionalização da violência estatal, sem a exclusão da atuação da polícia judiciária. No caso da violência policial no Brasil, nota-se dois aspectos importantes: um instrumental, onde a violência é vista como ferramenta de trabalho para prevenir crimes ou resolver conflitos rapidamente, e outro moral, onde a polícia é vista como responsável por "limpar" a sociedade de indivíduos desviantes, justificando moralmente a ação violenta contra aqueles considerados "criminosos", o que acaba ficando em certa sintonia com a percepção da comunidade.¹²⁰

Jaqueline Carvalho da Silva destaca que esse fato se estende para locais com altos índices de criminalidade violenta, onde se percebe que o medo é uma constante na vida das pessoas. Este cenário, quando combinado com desigualdades sociais, pode ser perigoso, pois poderá acarretar a identificação de certos grupos populacionais como alvos prioritários do controle policial.¹²¹

Cumprе salientar que a "polícia administrativa", também conhecida como "poder de polícia" ou, em termos mais genéricos, "limitações administrativas à liberdade e à propriedade", não tem objetivos finalísticos, mas sim instrumentais, focados na garantia da ordem pública ou do interesse público. Essa atividade não se refere a uma estrutura orgânica específica, mas a uma função que impõe restrições à esfera jurídica de terceiros para preservar a coexistência harmoniosa da sociedade e permitir que o Estado desempenhe suas funções características. Em um Estado de Direito, o equilíbrio entre liberdade e autoridade deve ser mantido, lembrando que a liberdade é a regra, e a restrição por medidas de polícia, a exceção.¹²²

¹¹⁹ CARVALHO DA SILVA, Jaqueline. Manutenção da ordem pública e garantia dos direitos individuais: os desafios da polícia em sociedades democráticas. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 5, n. 1, p. 78–89, 2011. Disponível em: < <https://doi.org/10.31060/rbsp.2011.v5.n1.84>>. Acesso em: 10 dez. 2023, p. 79-80.

¹²⁰ CARVALHO DA SILVA, Jaqueline. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, p. 83.

¹²¹ CARVALHO DA SILVA, Jaqueline. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, p. 84.

¹²² GARCIA, Emerson. **Revista Jurídica da Presidência**, p. 03.

A atuação do Estado através de suas instituições policiais, como um instrumento preventivo de proteção à ordem pública, situa-se entre a regulamentação e a coerção, representando uma atividade administrativa que assegura o cumprimento das leis e regulamentos, e, em caso de não conformidade, toma as medidas necessárias, seja para cessar imediatamente a ilicitude, aplicando a coerção estatal, seja para sancionar os responsáveis. Em um Estado Democrático de Direito, tais atos devem ser fundamentados em lei, sendo inadmissível qualquer intervenção na esfera jurídica de terceiros sem o respaldo legal adequado estabelecido pelo órgão legislativo competente.¹²³

Atualmente, a concepção do "Estado" evoluiu para além de uma entidade estática com fronteiras fixas. As instituições estatais, aí incluindo a polícia judiciária e o sistema de justiça, possuem fronteiras organizacionais imprecisas. Assim, percebe-se que o Estado, a partir de suas margens e da natureza difusa dessas fronteiras, explora as diversas dinâmicas que ocorrem dentro da organização social, especialmente em termos de interação com os cidadãos. Por exemplo, a prática de agentes policiais de usar a força física na manutenção da ordem é indicativa de como gestos individuais podem refletir os princípios e significados subjacentes ao dilema político da ordem pública; o que, em nível macro, transparece a globalidade das mudanças sociais recentes e a inadequação das estruturas formais de vigilância estatal baseadas no conceito de Estado-Nação.¹²⁴

Como Jaqueline Carvalho da Silva adverte, após o fim da ditadura militar e o início do processo de redemocratização, esperava-se que a democratização das instituições, no Brasil, resultasse na consolidação da cidadania em sua forma ampla, englobando direitos civis, políticos e sociais. No entanto, o que se vê no dia a dia é que cada vez mais surgem novos desafios para a cidadania brasileira, como, por exemplo, a violência, ameaçando os direitos individuais, e o desemprego, colocando em risco os direitos sociais.¹²⁵

Nesse contexto, a abordagem do crime e da justiça criminal passou a se concentrar menos em justiça social e reconstrução da sociedade e mais no controle

¹²³ GARCIA, Emerson. **Revista Jurídica da Presidência**, p. 04-05.

¹²⁴ GONÇALVES, Gonçalo Rocha. **Análise Social**, p. 719-720.

¹²⁵ CARVALHO DA SILVA, Jaqueline. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, p. 84.

da criminalidade, em que a prisão ganhou importância, pois atendia a uma dupla necessidade da nova cultura: punição e controle de riscos. Assim, esse novo modelo de controle do crime surgiu como uma resposta à modernidade tardia, mas continuou operante mesmo após uma diminuição nas taxas de criminalidade, e, muito embora essa abordagem muitas vezes pode oferecer controle, não traz necessariamente segurança.¹²⁶

A noção de ordem pública, cuja proteção é o objetivo principal da polícia administrativa, é caracteristicamente incerto, variando de acordo com o contexto temporal e espacial. Do ponto de vista etimológico, o termo "ordem", originário do latim "*ordine*", está intrinsecamente ligado à ideia de correção, que pode ser interpretada em diferentes níveis, como, por exemplo, no nível normativo em que "ordem" está relacionada à lei, "ordem jurídica"; já no plano sociológico, "ordem" se refere à paz e à tranquilidade na sociedade, o que se enquadra no conceito de "ordem pública".¹²⁷

Seja como for, a imposição de vontade ou norma de uma parte sobre outra é a base de todas as relações de poder. Em análises mais formalistas, essa questão geralmente é moldada em discussões teóricas sobre a fundamentação do poder; já em outras abordagens, como as consideradas no contexto desta pesquisa, o foco é nas práticas do poder, assumindo que elas são transformadas através da interação com os cidadãos. Neste cenário, o foco vai além dos questionamentos da legitimidade do policiamento e da vigilância, e se direciona para as dinâmicas de legitimação, que, em sociedades complexas, se caracterizam pelo alargamento do estatuto de cidadania e pelo processo de democratização, a legitimação da autoridade estatal se torna um elemento crucial na organização política da sociedade.¹²⁸

A ideia da presença policial e da credibilidade das suas ações são fundamentais para entender como as relações entre a autoridade pública e os cidadãos são percebidas como legítimas pela população¹²⁹, que enxerga primeiramente a atuação policial e, em segundo, o poder judiciário como responsáveis pela manutenção da "segurança" pública. Veja-se que nessa percepção inclui a

¹²⁶ CARVALHO DA SILVA, Jaqueline. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, p. 85.

¹²⁷ GARCIA, Emerson. **Revista Jurídica da Presidência**, p. 07.

¹²⁸ GONÇALVES, Gonçalo Rocha. **Análise Social**, p. 721-722.

¹²⁹ GONÇALVES, Gonçalo Rocha. **Análise Social**, p. 722.

expectativa de que a polícia estará sempre presente quando necessário e que suas intervenções serão vistas como credíveis.¹³⁰

O contexto de percepção social, portanto, traduz conceitos que serão vitais para compreender a atividade judicial em diversas situações, principalmente quando chega, ao judiciário, casos para a análise de prisão preventiva, sendo a “garantia da ordem pública” uma de suas possibilidades. Contudo, “ordem pública” é notavelmente um conceito vago e sujeito a diferentes interpretações axiológicas, permitindo uma gama margem de interpretação na tomada de decisões.

Para Julita Lemguber et al, a ambiguidade do termo “ordem pública” parece ter sua própria utilidade, porque possibilita expandir as razões pelas quais os réus podem ser privados do direito à liberdade processual, mesmo quando essa liberdade é permitida por lei e em casos em que as provas são inexistentes, falhas ou obtidas de forma ilegal. Essa característica se apresenta de maneira constante no sistema judiciário brasileiro desde o período colonial, quando indicadores de “respeitabilidade” social, como riqueza, propriedade, moradia fixa e ocupação “honrada”, podiam isentar um réu de tratamento “cruel e degradante”, independentemente da gravidade do crime cometido. Entretanto, observa-se que em um ambiente onde sempre houve desigualdade perante a lei, a desigualdade não é vista como um problema, mas sim como uma tradição.¹³¹

À evidência disso, constata-se que na maioria dos casos em que a prisão preventiva é decretada, é para objetivos que não estão estritamente relacionados à proteção do processo judicial, como para garantir uma suposta paz social, assegurar a credibilidade das instituições, responder a uma percepção de periculosidade do réu ou simplesmente para atender ao clamor público¹³². Aliás, atenda-se ao fato de que, na prática, o instituto da prisão preventiva segue uma lógica seletiva, pois sua utilização, ao fundamento da garantia da ordem pública, está relacionada à

¹³⁰ GONÇALVES, Gonçalo Rocha. **Análise Social**, p. 722

¹³¹ LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**: Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: ARP/CESeC, 2013, p. 47-48.

¹³² Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa adverte para a anemia semântica da expressão “ordem pública”, salientando que qualquer magistrado pode formular uma argumentação sintética, bastando ter conhecimentos básicos sobre estruturação linguística. (Morais da Rosa, Alexandre, **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139)

trivialização da prisão, especialmente nos estratos economicamente menos privilegiados.¹³³

Com efeito, presencia-se uma forte relação entre o uso da "garantia da ordem pública", como justificativa para a prisão preventiva, e a avaliação da condição socioeconômica e moral do acusado, o que implica na atribuição de "periculosidade" ao réu e na ausência de "atestados de respeitabilidade", que poderiam livrá-lo das condições desumanas da prisão sem, teoricamente, afetar a "tranquilidade pública". Critérios como bons antecedentes e a exigência de comprovação de residência fixa e emprego, quase sempre são necessários para obter a liberdade provisória. À vista disso, esses critérios funcionam como instrumentos de seletividade no sistema de justiça e, conseqüentemente, contribuem para a criminalização da pobreza, os quais, sem sombra de dúvidas, estão em desacordo com a constituição.¹³⁴

Além disso, é imperioso ressaltar que a situação brasileira revela uma significativa discrepância em relação aos ideais democráticos que motivaram a sociedade pós Ditadura, pois qualquer ação que privilegie a defesa social em prejuízo das liberdades públicas, seja na segurança pública ou no judiciário, como é o caso das prisões, reflete uma abordagem de política criminal típica de regimes autoritários, cuja lógica é inadmissível, pois os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos devem sempre ter primazia sobre outros interesses, com a liberdade sendo a norma. No entanto, no Brasil, a democracia parece ser caracterizada pela adoção de medidas sustentadas por um discurso enganoso de que uma intervenção estatal mais rigorosa resulta em um controle mais efetivo da criminalidade, o que resta evidenciado pelo uso indiscriminado da prisão preventiva.¹³⁵

Ainda que o progresso seja, pela filosofia positivista, inalcançável sem uma ordem, que deve ser preordenado e ocorrer de maneira ordenada, devendo fluir naturalmente sob leis preestabelecidas, o fato é que isso não ocorre espontaneamente, pois é um resultado intrínseco ao controle social. No contexto brasileiro, a manutenção da ordem levou à necessidade de um controle social mais rigoroso, que complementou o modelo de controle já existente durante o período

¹³³ DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 213-244, 2015, p. 215.

¹³⁴ LEMGRUBER, Julita et al. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**, p. 48.

¹³⁵ DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 2015, p. 232.

colonial, onde os colonizadores europeus, ao se depararem com uma grande população de escravos e outras etnias, impunham um processo de ordenação do comportamento para alinhar a maioria com seus objetivos mercantis, o que, em última instância, caracterizava o progresso da colônia.¹³⁶

Para Helena Bomeny, é provável que esses entraves ocorram porque as instituições ligadas ao sistema de justiça criminal mostram-se resistentes às mudanças necessárias para estabelecer uma ordem baseada nos princípios de um Estado de direito, o que tem justificativas históricas. Nesse sentido, identifica-se que durante mais de um século de república, o Brasil experimentou longos períodos de estado de exceção, tanto abertos quanto velados, nos quais a ordem constitucional era frequentemente descartada ou sistematicamente violada. Nesses períodos, as forças tradicionais de segurança apoiavam a exceção; as polícias brasileiras, assim como as Forças Armadas, dedicaram-se, por muito tempo, a identificar e combater inimigos internos, muitas vezes eliminando-os em nome da segurança nacional. Aliás, esse padrão foi especialmente intenso e brutal no último ciclo autoritário da ditadura militar, que começou em 1964 e terminou apenas em 1988 com a promulgação da chamada Constituição Cidadã.¹³⁷

Parece que para os objetivos sociais e econômicos que orientam o processo decisório das políticas governamentais atuais, deve-se se desconectar das amarras do passado. Como salienta Charles Piñon, a questão não é defender o caos ou a anarquia, mas sim reconsiderar os ideais que têm sido perpetuados na legislação brasileira desde as repúblicas oligárquicas e os governos autoritários, porquanto é prejudicial à democracia brasileira manter o culto a um modelo ultrapassado e autoritário de controle social, inicialmente implementado pelos colonizadores portugueses e depois perpetuado pelo ideário da primeira república. Afigura-se razoável e necessário adotar uma iniciativa que incremente um mecanismo eficaz de repressão ao crime, ao mesmo tempo em que se implementam políticas públicas voltadas à redução das desigualdades sociais. No entanto, não se apresenta coerente

¹³⁶ PIÑON, Charles Pacheco. As Forças Armadas e a garantia da lei e da ordem sob uma perspectiva histórica e social. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1293, 15 jan. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9392>. Acesso em: 10 dez. 2023.

¹³⁷ BOMENY, Helena et al. Violência nas escolas públicas do Rio de Janeiro: Notas exploratórias sobre a autoridade docente e as percepções da violência. **Violência na escola: Tendências, contextos, olhares. Chamusca, Cosmos**, p. 273-322, 2010.

crer que, intensificando o poderio bélico para o combate ao crime e usando a força como único meio de manter a lei e a ordem, estar-se-ia consolidando as instituições democráticas e alcançando o progresso desejado.¹³⁸

A utilização da prisão preventiva como resguardo da ordem pública nada mais é do que a perpetração do ideário histórico focado no autoritarismo desde a época colonial. O que se vê, em realidade, são formas distintas de exercê-lo, nem sempre significando um regime de governo. Nesse cenário, Hannah Arend e Ricardo Glockner esclarecem três principais formas de externar o autoritarismo: enquanto contexto político, delimita um regime político, em que o autoritarismo utiliza o discurso populista para alcançar o poder e restringir tiranicamente a liberdade das pessoas, como ocorreu com o fascismo de Mussolini na Itália.¹³⁹

Além disso, pode ser visto também como uma ideologia ou subjetividade. Como ideologia, o Estado burocrático autoritário pressupõe uma estrutura de classe subordinada às elites burguesas, dependentes do sistema capitalista para sua sobrevivência. Essa ideologia age no sentido de subordinar as classes, operando através do controle social e excluindo as classes subalternas do acesso a bens, serviços públicos e participação política. Já na seara das subjetividades, manifesta-se não só entre os governantes, mas também nas pessoas comuns, que podem se tornar predispostas a aceitar ou até apoiar comportamentos antidemocráticos. Essa mentalidade é fomentada pela disseminação de propagandas autoritárias, levando as pessoas a serem cooptadas pelo discurso autoritário sem considerar aspectos morais ou de bom senso.¹⁴⁰

Assim, o que se evidencia até o momento não é uma verdadeira quebra histórica de paradigma do autoritarismo, pois, como salientado, ele apenas ganhou novos ares. Trazendo a lógica à garantia da ordem pública na jurisdição penal, vê-se

¹³⁸ PIÑON, Charles Pacheco. **Revista Jus Navigandi**, p. 06-07.

¹³⁹ Aliás, o fascismo autoritário de Mussolini na Itália começou como um movimento que visava ser um “partido acima de todos os partidos” e se fortaleceu alegando representar o interesse nacional. Mussolini controlou o Estado, mas não se colocou acima dele ou da nação. O autoritarismo se difere do totalitarismo, como se evidencia na Alemanha nazista de Hitler e no stalinismo de Stálin; pois estes visavam à destruição do Estado e à subordinação do poder militar e do próprio Estado a um movimento ideológico totalitário. Enquanto o autoritarismo fascista restringia a liberdade por meio de um discurso populista, o totalitarismo impunha a abolição das liberdades através de um terror total, impactando profundamente a subjetividade humana (Arendt, Hannah. **Origens do totalitarismo**).

¹⁴⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**, p. 69-74.

que a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, trazendo consigo uma gama de princípios que irão determinar a índole do processo penal. Inobstante não refira, expressamente, as regras típicas a serem adotadas, deixa claro o direcionamento político de uma conduta voltada aos anseios democráticos.¹⁴¹

Nesse contexto, é possível identificar que a lei processual penal e sua aplicação são aspectos fundamentais em democracias, pois refletem o nível de civilidade de uma sociedade e as vantagens de se viver em um Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, em um regime democrático, a utilização excessiva da prisão preventiva sob o fundamento genérico da garantia da ordem pública é um sinal alarmante de que os direitos fundamentais estão sendo secundarizados em favor de uma suposta defesa social, um indicativo de abordagens processuais criminais associadas a regimes autoritários nada civilizados.¹⁴²

Em se tratando de legislação processual, a Lei nº. 12.403/11 trouxe novas medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, evidenciando um avanço democrático importante para a prática forense, que faz da prisão preventiva a *ultima ratio*¹⁴³ a ser considerada. O principal objetivo dessa inovação, não tão nova assim, é proteger o bom andamento do processo, evitando que fugas e cumprimento antecipado de penas, por exemplo, aconteçam.¹⁴⁴

Não obstante a Lei nº 12.403/11 tenha fornecido diretrizes para o uso apropriado da prisão preventiva, não conseguiu eliminar completamente a aplicação inadequada e banalizada dessa medida, o que se justifica pela persistência de uma mentalidade autoritária ainda ligado ao passado, onde a antecipação da culpa era comum nos procedimentos criminais. Aliás, parte disso se deve pela falta de medidas efetivas de Justiça de Transição pós ditadura, consubstanciando na ausência de

¹⁴¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015., p. 119.

¹⁴² DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 2015, p. 215.

¹⁴³ A prisão preventiva, devido à sua natureza cautelar, possui características de instrumentalidade, idoneidade e proporcionalidade, que requer uma avaliação do equilíbrio entre a severidade da restrição e o objetivo desejado, além da excepcionalidade, estando esta fundamentalmente ligada à presunção de inocência, o que logicamente restringe o uso da prisão preventiva aos casos mais graves, devido ao intenso impacto nos direitos e no bem-estar do acusado. (Lopes Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 98-99).

¹⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 67.

neutralização do legado dos regimes autoritários anteriores.¹⁴⁵

Avaliar a questão da ordem pública no contexto do processo penal e das prisões cautelares, em realidade, passa pela interpretação da norma e suas justificações. Ou, dito de outro modo, pressupõe saber o seu destinatário, isto é, se a razão de ser do processo penal, e conseqüentemente da prisão como meio acautelatório, é voltada ao indivíduo ou à sociedade. No primeiro plano, tem-se o garantismo; no segundo, o eficientismo.

Conforme analisado no capítulo anterior, o Sistema Garantista detém a legalidade estrita como requisito primordial. Todavia, apesar desse sistema ser cognitivo, não implica na autorização ou legitimação automática do direito de punir, isso significa, contrariamente, que o garantismo restringe e condiciona esse direito, opondo-se ao exercício absoluto do poder punitivo. Assim, não basta a mera presença de uma condição para justificar ou tornar obrigatória a punição. Ao invés disso, essa condição é um requisito necessário e, na sua ausência, a punição não é permitida ou é até mesmo proibida. Portanto, “a arquitetura jurídica pensada a partir das inferências normativas pressupõe a elaboração de regras destinadas a fornecer um critério de decisão para os casos em que há incertezas sobre os fatos.”¹⁴⁶

Por outro lado, segundo Cristina Zackeski, o eficientismo penal atua como um elemento intrínseco ao sistema penal e tem como função principal orientar a aplicação da pena. Isso implica que sua responsabilidade é realizar ajustes internos no funcionamento do sistema penal, com o objetivo de adaptá-lo a novas questões, procurando não apenas atualizar o sistema penal, mas também dar-lhe uma aparência renovada de eficiência e eficácia. A forma como essa política de segurança é implementada está profundamente ligada à concepção de democracia da população, porque a formulação das políticas de segurança depende dos mecanismos de participação popular e da percepção pública sobre o papel do sistema penal na manutenção da ordem e justiça social. Dessa maneira, o eficientismo penal, ao atuar dentro desse contexto, busca equilibrar a necessidade de segurança com os princípios democráticos, através de uma administração penal que responda

¹⁴⁵ DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 2015, p. 219.

¹⁴⁶ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. [Edição do Kindle]. São Paulo: Atlas. 2020, p. 72.

efetivamente aos desafios contemporâneos sem comprometer a estrutura e a lógica essenciais do sistema.¹⁴⁷

Contudo, esta abordagem ganha novos ares, especialmente em contextos em que a insegurança pública se intensifica devido a diversas desordens sociais. Nesses casos, verifica-se que a população passa a demandar mais segurança do Estado, especialmente em termos de resolução de conflitos penais. E é aqui que a falta de um Estado efetivamente democrático distorce a aplicação das normas processuais penais.

Como salientado anteriormente, o modelo de segurança pública, criado na época do regime militar, não foi totalmente alterado durante o processo de redemocratização. Nada obstante a agenda constituinte ser exponencialmente complexa, não se esgotando em dilemas tipicamente decorrentes da transição de um regime político-jurídico, é fato que a Assembleia Nacional Constituinte adotou uma mecânica singular, rumando de uma “liberalização controlada” para uma “democratização disputada”, produzindo uma dinâmica nova que transmitiu à Nova República o rearranjo formal das instituições pelo realinhamento dos grupos políticos.¹⁴⁸

Isso é especialmente relevante para o campo da segurança pública. Veja-se que a Assembleia Nacional Constituinte não criou um novo modelo de segurança; em vez disso, constitucionalizou o modelo anterior, a partir das regras existentes e de um debate público qualificado. Esse modelo, originado do regime militar e parcialmente modificado pela descentralização federativa dos governos de transição, foi consolidado com atributos de supremacia e rigidez constitucional. Contudo, essa consolidação resultou em um sistema problemático: descoordenado e rígido, omissivo quanto às competências do governo federal e aos mecanismos de controle e responsividade, excessivamente detalhado, limitando a capacidade dos Estados de adaptarem o sistema às suas especificidades e interesses. Além disso, o modelo é reducionista, focando-se apenas nas funções jurídico-penais de prender,

¹⁴⁷ ZACKSESKI, Cristina. **A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México (1980 -2005)**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) Centro de pesquisa e pós-graduação sobre as Américas - CEPPAC, Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 27-34.

¹⁴⁸ GUERRA, Maria Pia. MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. **RIL Brasília**, p. 161.

julgar e punir, e negligenciando as funções político-administrativas e a necessária articulação institucional entre seus integrantes.¹⁴⁹

Veja-se que essa situação, ainda que em partes, justifica a crise de legitimação da democracia brasileira, abrindo margem à ascensão de ideologias populistas que, somada à política neoliberal, distorcem, enfraquecem, ou em certos casos aniquilam, quaisquer resquícios axiológicos da democracia.

Trazendo esse contexto para as prisões cautelares, o efeito é devastador, pois o processo penal deixa de ser um instrumento garantidor e passa a ser um instrumento de uma política criminal punitivista para acautelar os anseios sociais, dando uma falsa sensação de segurança. Assim, os reflexos vão muito mais além, pois, ao adicionar os obstáculos democráticos e sociais advindos tanto com a globalização quanto com o neoliberalismo, a polarização do estrato social se torna visível no sistema de justiça penal, e não precisa de muito para compreender esse fenômeno; histórico, diga-se de passagem.

Conforme observa Felipe Lazzari da Silveira, os desafios associados ao crescimento da exclusão social historicamente não obtiveram uma resolução justa, já que os governos optaram por solucionar esses conflitos com políticas e ações de natureza policial. Com isso, é possível perceber que essa realidade prioriza a remoção desses indivíduos excluídos por meio do encarceramento, especialmente o preventivo, visto como a forma mais rápida (leia-se eficiente) de atender às preocupações da população.¹⁵⁰

A pesquisa de Ela Castilhos demonstra essa realidade ao enfatizar que a justiça criminal muitas vezes é indulgente com indivíduos que apresentam uma imagem de conformidade com a lei. Para a autora, quanto mais elevado o poder e o status do infrator, menor é a probabilidade de ser submetido a uma investigação formal pela polícia, pois a demarcação do campo de criminalidade pelas autoridades segue um modelo seletivo, estruturalmente enraizado no sistema penal brasileiro, que está intrinsecamente ligado à profunda desigualdade socioeconômica do país, frequentemente resultando na exclusão de certas classes sociais. Além disso, sua

¹⁴⁹ GUERRA, Maria Pia. MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. **RIL Brasília**, p. 161-162.

¹⁵⁰ DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 2015, p. 234-235.

conclusão é certa: “se o controle penal é necessário a uma sociedade, ele deve ser democrático. Isto é, deve valer para todas as classes sociais”.¹⁵¹

¹⁵¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº. 7.492 de 16.06.86)**. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 222.

CAPÍTULO 3

NEOCONSTITUCIONALISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO E PRISÃO TEMPORÁRIA

A interpretação jurídica da prisão temporária no contexto do neoconstitucionalismo revela paradoxos e desafios que refletem as tensões entre a garantia dos direitos individuais e a manutenção da ordem pública, principalmente em uma sociedade cuja estratificação social reflete-se também no contexto das ciências criminais.

A controversa prisão temporária e, igualmente, o julgamento das ADIs nº. 3360 e nº. 4109 demonstram dois lados de uma mesma moeda que, em certa medida, exteriorizam um antagonismo que, indiscutivelmente, foi necessário ao mesmo tempo que pode ser perigoso. Este capítulo, portanto, investiga como as mudanças nas interpretações constitucionais influenciam a aplicação da prisão temporária, explorando os reflexos jurídico-políticos das mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Partindo das análises históricas e sociais dos capítulos anteriores, este capítulo discute o estado atual da prisão temporária e o paradoxo jurídico-político emergente das novas interpretações pelo STF, dividindo-se em dois subcapítulos: primeiro, que busca analisar a trajetória da prisão provisória; e, segundo, onde busca-se analisar o neoconstitucionalismo diante do paradoxo jurídico-político da nova interpretação da prisão temporária pelo STF, tentando compreender os reflexos dela para o contexto brasileiro.

3.1 PRISÃO PROVISÓRIA

Constata-se que, anteriormente à Lei 7.960/89, não havia legislação própria que tratasse sobre a prisão temporária no ordenamento jurídico, sendo que as únicas prisões cautelares eram as previstas no Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832. Após, com a Proclamação da República no ano de 1889, cada estado passou a ter sua própria legislação processual, exceto o estado de São

Paulo, que ainda adotava o Código de Processo Criminal do Império.¹⁵²

Considerando que o corte de análise temporal desta pesquisa é a partir da era republicana, não adentrar-se-á no estudo das prisões da era Imperial, mormente do Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Dito isso, embora não houvesse, no ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação específica, codificada, ou extravagante, que tratasse sobre a prisão temporária, é possível indicar que a Lei de Segurança Nacional nº. 6.620/78 previa a custódia cautelar durante o inquérito policial pelo prazo de 30 dias.¹⁵³

A Lei de Segurança Nacional de 1978 foi, mais tarde, substituída por uma nova legislação sobre Segurança Nacional, promulgada em 1983, pouco antes do fim do período ditatorial. Essa lei não revogou a custódia cautelar, embora tenha introduziu algumas mudanças em relação à lei anterior, notadamente a redução do prazo de prisão para 15 dias, prorrogáveis uma única vez por igual prazo, além de reduzir o prazo de incomunicabilidade do detido para 5 dias, sem possibilidade de prorrogação.¹⁵⁴

Esta legislação permaneceu em vigor até ser revogada pela Lei nº 14.197 de 2021, que deixou de criar uma nova legislação própria sobre o tema. No entanto, modificou o Código Penal, adicionando o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito.¹⁵⁵

¹⁵² PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. *In Arquivo Nacional MAPA, memória da Administração Pública Brasileira*, 11 de nov. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832>. Acesso em 26 nov 2023.

¹⁵³ Art. 53 - Durante as investigações, a autoridade responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia por até trinta dias, fazendo comunicação reservada à autoridade judiciária competente. §1º O responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado incomunicável por até oito dias, observado o disposto neste artigo, se necessário à investigação. §2º - Os prazos de prisão ou custódia fixados neste artigo poderão ser prorrogados uma vez, pelo mesmo período de tempo acima referido, mediante solicitação do encarregado do inquérito à autoridade judiciária competente, que decidirá, ouvido o Ministério Público. §3º - O preso ou custodiado deverá ser recolhido e mantido em lugar diverso do destinado aos presos por crime comum, observando-se, ainda, os artigos 239 a 241 do Código de Processo Penal Militar. §4º - Em qualquer fase do inquérito a defesa poderá solicitar ao encarregado do inquérito que determine exame na pessoa do indiciado para verificação de sua integridade física; do laudo expedido pela autoridade médica será feita juntada aos autos do inquérito. §5º - Esgotado o prazo de trinta dias de prisão ou custódia ou de sua eventual prorrogação, o indiciado será imediatamente libertado, salvo se decretada prisão preventiva, a requerimento do encarregado do inquérito ou do órgão do Ministério Público. (Brasil, **Lei nº. 6.620**, 1978).

¹⁵⁴ BRASIL, **Lei nº 7.170**, 1983.

¹⁵⁵ BRASIL, **Lei nº 14.197**, 2021.

Assim, observa-se que, embora as legislações anteriores previssem a possibilidade de custódia especial, cujas características se assemelham à prisão temporária, não foi adotada essa nomenclatura. A terminologia “prisão temporária” surgiu, pela primeira vez, no Projeto do Código de Processo Penal, nº. 1.655 de 1983, inspirado no Anteprojeto de José Frederico Marques de 1970. Para Diaulas, o principal propósito, conforme plenamente justificado na exposição de motivos, era prevenir prisões preventivas desnecessárias. No referido Projeto, a prisão temporária, conforme estabelecida, não se limitava apenas ao prazo de cinco dias, mas também a situações específicas delimitadas no artigo 424, cujo conteúdo essencial foi mantido na legislação vigente.¹⁵⁶

O referido Projeto permitia a detenção do indiciado ou acusado para assegurar o cumprimento de obrigações relacionadas ao inquérito policial ou ao processo. Essa medida era aplicável também nos casos em que o indivíduo interferisse no andamento das investigações, faltasse a atos necessários para o inquérito ou quando houvesse suspeita fundamentada de envolvimento em crimes como roubo, latrocínio, extorsão, sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto involuntário, participação em quadrilha ou bando, ou tráfico de drogas.¹⁵⁷

Entretanto, Diulas ressalta que ao adotar esse texto em um novo contexto jurídico a Lei nº 7.960/89 não efetuou as atualizações pertinentes, gerando dúvidas e incertezas em sua aplicação, como, por exemplo, questionamentos acerca da obrigatoriedade de atender todos os critérios estabelecidos nos três incisos de forma simultânea para autorizar a prisão temporária.¹⁵⁸

Todavia, o projeto de lei acima mencionado não chegou a passar por todo o processo legislativo para sua aprovação. Não obstante, em novembro de 1989, José Sarney no uso de suas atribuições, recentemente adquiridas pela Constituição Federal de 1988, adotou a Medida Provisória nº 111 com força de Lei, instituindo a prisão temporária que, posteriormente, foi convertida na atual Lei nº 7.960 de 1989.

¹⁵⁶ RIBEIRO. Diaulas Costa. **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro 1989**: Um breve estudo sistemático e comparado. Disponível em: http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=214&p_ch=. Acesso em 26 nov 2023.

¹⁵⁷ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A Prisão Temporária e a Justiça Federal. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 48, 2009, p. 115-116.

¹⁵⁸ RIBEIRO. Diaulas Costa. **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro 1989**.

De acordo com Ricardo Ribeiro Campos, a prisão temporária foi instituída sob o pretexto da necessidade de “legitimar as denominadas prisões para averiguações, ou seja, a detenção informal feita pela polícia para fazer levantamentos sobre um fato investigado e a pessoa do suspeito”.¹⁵⁹ Para Campos e Diaulas, a modalidade de prisão temporária é espelhada em outros ordenamentos jurídicos, como a *Garde à Vue* na França e a *Detention* nos Estados Unidos, além de outras legislações estrangeiras.¹⁶⁰

Na França, por exemplo, a *Garde à Vue* é prevista no *Code de Procédure Pénale*, que conforme seu art. 63 determina que um oficial de polícia pode deter uma pessoa sob *Garde à Vue* se houver suspeita fundada de envolvimento em um crime e a detenção for considerada necessária para as investigações. O promotor deve ser notificado ao início da detenção, cujo prazo inicial é de 24 horas, mas, mediante sua autorização, pode se estender por mais 24 horas. Constata-se que, assim como um magistrado, o promotor é visto como um oficial judicial, e sua autorização e supervisão da *Garde à Vue* são vistas como parte da supervisão judicial da investigação criminal e de garantia ao detento.¹⁶¹

Sob o art. 63-1 do *Code de Procédure Pénale*, o detido deve ser informado, em um idioma que entenda, sobre a natureza do delito que motivou sua detenção e seus direitos, quais sejam: notificar alguém sobre a detenção, ser examinado por um médico e consultar um advogado. Além disso, é importante frisar que, inicialmente introduzido em 1993, o direito à assistência jurídica durante a custódia permitia um encontro de apenas 30 minutos com um advogado e somente após 20 horas do início da *Garde à Vue*.¹⁶²

Todavia, em 2000, a lei foi alterada para permitir acesso imediato ao aconselhamento jurídico, mas ainda limitado a 30 minutos. Inobstante o detento pudesse ter o imediato acesso a um advogado, este não poderia estar presente durante o interrogatório e, também, não poderia ter acesso ao dossiê do caso, sendo

¹⁵⁹ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Revista da EMERJ**, p. 115.

¹⁶⁰ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Revista da EMERJ**. e RIBEIRO. Diaulas Costa. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro 1989**.

¹⁶¹ HODGSON, Jacqueline S., **The French Garde À Vue Declared Unconstitutional** (August 31, 2010). *In Warwick School of Law Research Paper Forthcoming, Criminal Law and Justice Weekly 24/08/2010*. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1669915>. Acesso em 27 nov 2023.

¹⁶² HODGSON, Jacqueline S., **The French Garde À Vue Declared Unconstitutional**.

apenas informado da natureza e a data do crime. Além do mais, o detido não era informado sobre seu direito ao silêncio e, geralmente, é feito tão somente um registro escrito do interrogatório. No entanto, apenas os interrogatórios de crimes graves, que representam menos de três por cento do total, poderiam ser gravados em vídeo, nos termos do art. 64-1.¹⁶³

Para argumentar, somente em 2010, o *Conseil Constitutionnel* veio declarar a incompatibilidade com a Constituição Francesa de alguns procedimentos da custódia temporária previstos no *Code de Procédure Pénale*, especialmente a restrição de acesso a um advogado durante o interrogatório e a não comunicação do direito ao silêncio. Inclusive, a França chegou a ser condenada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pois, apesar de a Corte francesa reconhecer a inconstitucionalidade de algumas práticas da custódia temporária, adiou seus efeitos para um ano após o julgamento, possibilitando que durante esse limbo as disposições incompatíveis com a Convenção Europeia de Direito do Homem ainda fossem aplicadas.¹⁶⁴

Já a Constituição estadunidense não determina um prazo para a *Detention*, mas apresenta uma regra fundamental: uma pessoa não pode ser submetida a uma detenção prolongada sem uma determinação judicial de causa provável de que ela cometeu um crime. Nesse sentido:

Amendment IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.¹⁶⁵

Constata-se que, relativamente ao tempo de prisão temporária, até o julgamento de *County of Riverside v. McLaughlin* (500 US 44 [1991]), não havia um

¹⁶³ HODGSON, Jacqueline S., **The French Garde À Vue Declared Unconstitutional.**

¹⁶⁴ LOUIS, Vincent; BLOUET, Capucine; CARO, Valentin; LAGANE, Mathilde Lagane. Le régime transitoire de la garde à vue à l'épreuve des exigences conventionnelles. **La Revue des droits de l'homme.** Actualités, Droits-Libertés. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revdh/8267>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.8267>. Acesso em 27 nov 2023.

¹⁶⁵ UNITED STATES. **Bill of Rights**, 1789. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript> Acesso em 27 nov 2023.

padrão temporal previamente determinado para a construção da causa provável, sendo que cada Estado fixava o tempo considerado razoável ou, na ausência de previsão legal, a análise se dava de acordo com cada caso, a ser analisado pelo juiz responsável pelo processo.¹⁶⁶

No entanto, a extensão da detenção sem mandado (prisão temporária) por vários dias, sem que o detento fosse levado à presença de um juiz para análise da causa provável e fixação de fiança, se fosse o caso, tornou-se um mecanismo de violência estatal. Como salienta Burrell, o direito a uma determinação judicial de causa provável está no cerne do direito constitucional de estar livre de buscas e apreensões irracionais. Para a autora, embora a questão tenha raízes históricas profundas, a *Detention* era constantemente criticada com o intuito de alertar quanto a necessidade de revisão das prisões, para que fossem analisadas por um oficial judicial neutro e independente. Um relatório do Departamento de Justiça sobre o perfil racial e policiamento em Ferguson, Missouri, constatou que as prisões eram rotineiramente feitas sem qualquer causa provável e por condutas que claramente não correspondiam aos elementos da infração citada.¹⁶⁷

Burrell traz relatos alarmantes de prisões infundadas que são frequentemente relatadas em todo os Estados Unidos. O caso de Freddie Gray, que faleceu sob custódia policial em circunstâncias descritas como uma perseguição motivada por preconceito racial, evidenciou a prática comum de efetuar prisões sem justificativa legal adequada. Vários outros casos são narrados pela autora, como a prisão de um adolescente de 15 anos em uma bicicleta suja, uma contadora grávida de 26 anos que testemunhou uma agressão, uma senhora de 50 anos vendendo bilhetes de rifa da igreja, um diácono de 65 anos preparando um cigarro e uma idosa de 87 anos ajudando seu neto ferido.¹⁶⁸

Através do caso *County of Riverside v. McLaughlin*, a Suprema Corte americana reconheceu a necessidade de delimitar um tempo de custódia para a investigação e colhimento de informações para a causa provável àqueles que fossem

¹⁶⁶ UNITED STATES. Supreme Court. **County of Riverside v. McLaughlin**, 500 U.S. 44 (1991), nº 89-1817, Decidat May 13, 1991. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/44/>. Acesso em 27 nov 2023.

¹⁶⁷ BURRELL, Sue. The 48-Hour Rule and Overdetention in California Juvenile Proceedings. **UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy**. Winter 2016 (20-1), p. 04.

¹⁶⁸ BURRELL, Sue. **UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy**, p. 05.

presos sem prévio mandado de prisão. Isso porque, embora em *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103 (1975) a Suprema Corte tenha reconhecido que, a teor do disposto na Quarta Emenda, se exige uma rápida determinação judicial de causa provável, pré-requisito para a detenção temporária nos casos de prisões sem mandados, deixou de determinar esse prazo, o que apenas ocorreu no caso de McLaughlin.¹⁶⁹

Por ocasião do julgamento, a Suprema Corte questionou a afirmação do Condado de Riverside, admitido como *Amicus Curiae*, de que seria necessário um período de 36 horas para processar detidos no Condado de Riverside, destacando que tal extensão de tempo não foi justificada com evidências convincentes. Assim, concluiu que a decisão do Tribunal Distrital de adotar um limite de 36 horas, exceto em circunstâncias excepcionais, não foi baseada em descobertas evidenciais, pois, o próprio condado admitiu que a maioria dos casos poderia ser resolvido em menos de 24 horas, e as justificativas para atrasos adicionais não foram consideradas persuasivas. O Tribunal reiterou que atrasar a determinação de causa provável para permitir investigações policiais adicionais é impróprio, visto que viola os direitos constitucionais e compromete a equidade do processo legal.

Assim, por maioria, a Suprema Corte fixou o seguinte precedente:

The Court held that Riverside's actions did not comply with the *Gerstein* precedent. Justice O'Connor argued that it was the state's burden to demonstrate extraordinary circumstances when delaying probable cause determinations beyond 48 hours. The lower court in this case had placed that responsibility on the accused. Intervening weekends or complicated pretrial proceedings were not legitimate reasons for delay.¹⁷⁰

Percebe-se, portanto, que as espécies de prisões temporárias em âmbito internacional demonstram a complexidade do tema, eis que envolvem diversos fatores, o que também é possível notar no caso brasileiro. Apesar do olhar atual do procedimento francês e estadunidense a respeito das detenções, tanto a França quanto os Estados Unidos detinham procedimentos de detenções que, de certa forma, extrapolaram o bom senso. O Brasil, como visto na Lei de Segurança Nacional nº. 6.620/78, não ficou fora disso ao permitir que a autoridade policial mantivesse em

¹⁶⁹ UNITED STATES, **County of Riverside v. McLaughlin**.

¹⁷⁰ UNITED STATES, **Riverside County v. McLaughlin**, s/p.

custódia temporária um suspeito pelo prazo de 30 dias, sem decisão judicial, bastando a mera comunicação à autoridade competente, esse prazo, no entanto, poderia ser estendido por mais 30 se requerido e deferido judicialmente. Aliás, no caso brasileiro, o detento poderia ficar inclusive incomunicável pelo prazo de até 08 dias.

Ainda que através de um olhar perfunctório sobre o histórico acima, é possível constatar que a prisão temporária sempre deteve um caráter precário em relação à prisão preventiva (ou prisão com mandado, no caso estadunidense). A condição de precariedade vem estampada pela própria justificativa de existir: conveniência do inquérito policial, isto é, para que, através do próprio interrogado, pudessem ser extraídos os elementos indiciários de materialidade e autoria, ou seja, a causa provável para fundamentar a denúncia e a própria necessidade de prisão preventiva.

No Brasil, a Lei nº. 7.960/89 tecnicamente não afasta esse tom precário da prisão temporária. Embora determine, ao contrário da Lei de Segurança Nacional, que a prisão provisória apenas possa ocorrer mediante decisão judicial, afastando a detenção de discricionariedade da autoridade policial de 1978, o que, em comparação à norma francesa de 1993, apresenta-se como sendo mais benéfica e garantista.

Não obstante essa aparente característica “garantista” em relação ao procedimento francês, a Lei 7.960/89 não deixou de receber severas críticas de diversos juristas renomados, como observa Ricardo Ribeiro Campos, trata-se de uma previsão inconstitucional, descrita como uma “medida odiosa e arbitrária” e “estúpida”, pois restringe o direito de locomoção de uma pessoa que não pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença, sem a demonstração de sua real necessidade. No mesmo sentido, a prisão temporária viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que é concebida para uma finalidade desprovida de caráter cautelar, ou seja, não se destina a assegurar o devido processo legal. Em um Estado de Direito, não se pode permitir que o Estado utilize a prisão para investigar, ou seja, primeiro prende-se e depois investiga-se para saber se o indiciado é efetivamente o autor do delito.¹⁷¹

Por outro lado, a maior parte da doutrina brasileira defende a

¹⁷¹ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Revista da EMERJ**, p. 116.

constitucionalidade da prisão temporária, reconhecendo se tratar de uma modalidade de prisão cautelar, cuja instrumentalidade é voltada para assegurar a investigação criminal durante o inquérito policial, e não *para* investigar, necessariamente.¹⁷²

Nesse sentido, a Lei nº. 7.960/89 elenca três hipóteses, ou requisitos, para a decretação da prisão preventiva: (I) quando for imprescindível para as investigações durante o Inquérito Policial; (II) quando a pessoa investigada não possuir residência fixa ou não venha a fornecer elementos essenciais para esclarecer a sua identidade, e, por fim, (III) quando houver fundadas razões, a teor de qualquer indício admitido na lei penal, de autoria e participação em crimes como homicídio doloso, sequestro, roubo, estupro, epidemia com resultado morte, quadrilha, genocídio, tráfico, crimes contra o sistema financeiro, entre outros.¹⁷³

Cabe mencionar que, devido à falta de clareza no texto legal sobre se é ou não necessário que todos os pressupostos do artigo 1º da Lei nº 7.960/89 estejam presentes para a decretação da prisão temporária, a doutrina procurou esclarecer essa questão com pouca controvérsia. Primeiramente, descartou-se a ideia de que se a presença simultânea de todos os requisitos previstos fosse necessária, eis que excluiria da prisão temporária aqueles com residência fixa e identidade conhecida. Também foi rejeitada a possibilidade de decretar a prisão temporária com base em qualquer um dos incisos isoladamente, porque isso levaria a absurdos como prisões por delitos menores ou detenção de pessoas sem residência fixa que não cometeram crimes.¹⁷⁴

Assim, inobstante os diversos posicionamentos ao longo dos anos, pode-se afirmar que prisão temporária será essencial para o andamento das investigações se for evidenciado, com base na gravidade do crime e nas condições específicas do caso, que o indivíduo sob suspeita está envolvido na ocultação, destruição ou falsificação de evidências, ou existe um alto risco de que venha a agir dessa forma, interferindo, assim, no trabalho investigativo policial. É importante ressaltar que a aplicação da prisão temporária se justifica frente a qualquer risco de manipulação indevida de elementos informativos, não se limitando somente à

¹⁷² CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Revista da EMERJ**, p. 116-120.

¹⁷³ BRASIL, **Lei nº. 7.960**, 1989.

¹⁷⁴ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Revista da EMERJ**, p. 123.

eliminação de documentos ou provas físicas. Portanto, se houver evidências sólidas de que o suspeito está ou pretende colaborar com outros envolvidos, testemunhas ou similares, a prisão temporária também poderá ser aplicada.¹⁷⁵

Portanto, fica evidente que a prisão temporária, conforme estabelecido na Lei nº 7.960 de 1989, de fato, apresenta características de uma prisão cautelar. Isso implica dizer que, para sua decretação, é imprescindível demonstrar os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, não sendo suficiente sua aplicação automática diante da ocorrência abstrata de algum dos fatores mencionados.

Em relação a esse tema, oportuno mencionar que a Lei nº 7.960 de 1989 recentemente passou por um exame de constitucionalidade, no qual o Supremo Tribunal Federal emitiu posicionamento durante o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3360/DF e 4109/DF, conhecendo-as parcialmente e, no ponto conhecido, julgando-as parcialmente procedente para conferir interpretação conforme a Constituição Federal, ao art. 1º da Lei 7.960/1989, fixando o entendimento de que, para a decretação da prisão temporária, deve estar presente cumulativamente os seguintes requisitos:

- 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II);
- 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo;
- 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP).¹⁷⁶

A prisão temporária, conforme estabelecida na legislação brasileira,

¹⁷⁵ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Revista da EMERJ**, p. 125.

¹⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4109/DF e 3360/DF**. Relatora Min. Cármen Lúcia, Relator Min Edson Fachin. Brasília, 14/02/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481715&ori=1>> Acesso em: 12 dez 2023.

portanto, não representa uma violação à Constituição Federal, mas apenas quando atender rigorosamente os critérios delineados na decisão. Primordialmente, verifica-se que o núcleo desses critérios envolve a imperatividade de uma decisão judicial devidamente fundamentada, advertência de que o rol de crimes estabelecido na legislação é taxativo, e a proibição de sua decretação com a finalidade exclusiva de realizar interrogatórios.

Por ocasião de seu parecer, a Min. Cármen Lúcia¹⁷⁷ deixa claro que a prisão temporária é espécie de prisão cautelar, realçando que “se prisão preventiva é medida excepcional, a temporária é de ser excepcionalíssima”.¹⁷⁸ A partir dessa perspectiva, verifica-se que a decisão caminhou bem ao proibir a decretação de prisão provisória com a finalidade de interrogatório, além de exigir que seja devidamente fundamentada por decisão judicial. Aliás, verdade seja dita, seria despiciendo, ante o princípio da presunção de não culpabilidade e da necessidade de se fundamentar as decisões judiciais, a fixação desse entendimento se não fosse a mentalidade inquisitorial e autoritária como visto anteriormente pelo estudo de Ricardo Gloeckner.

O veredicto sublinha, além da importância de uma fundamentação baseada em dados concretos, a observância do princípio da proporcionalidade, adequada à gravidade do delito cometido e sempre respeitando o princípio da presunção de inocência, equilibrando a segurança jurídica com os direitos individuais.¹⁷⁹

Um dos pilares da prisão temporária é a sua imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, conforme o art. 1º, I da Lei 7.960/1989. Assim sendo, a decisão deve se basear em elementos concretos de indispensabilidade e não apenas em conjecturas, evitando-se, portanto, seu uso como uma forma de prisão para averiguação. Adicionalmente, as circunstâncias específicas do indiciado deverão de ser consideradas, o que significa dizer que a prisão temporária não se justifica apenas pela ausência de residência fixa do indiciado ou pela falta de elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Em outras palavras, essas

¹⁷⁷ A fim de não tornar o debate exaustivo ou repetitivo, abordar-se-á apenas os fundamentos relatados pela Min. Relatora, Cármen Lúcia, embora não se ignore pontos divergentes entre os julgadores.

¹⁷⁸ STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3360/DF**, p. 13.

¹⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109/DF**, p. 52-72 e 207-210.

condições devem estar associadas à demonstração da imprescindibilidade da medida para as investigações, de acordo com os incisos I e III da Lei 7.960/1989.

Outro aspecto fundamental de destaque é a prevenção da obstrução da investigação, onde o juiz pode decretar a prisão temporária, a pedido do Ministério Público ou por representação do delegado de polícia, quando não existir outro meio para assegurar a realização de um ato essencial à apuração do crime, o que, particularmente é relevante se existirem indícios claros e objetivos de que o investigado poderá interferir no andamento da investigação.

Além disso, é necessário que haja fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III da Lei 7.960/1989, cujo rol, como mencionado, é taxativo e não exemplificativo. Assim, ao considerar a prisão temporária uma espécie de prisão cautelar, a leitura que deve se dar à legislação, como mencionado pela relatora Min. Cármen Lúcia é sua dupla excepcionalidade, pois é considerada a “exceção da exceção”.

Verifica-se que, ao dar interpretação conforme a Constituição, estabelecendo que a prisão temporária necessita ter preenchido as determinações do Código de Processo Penal, previstos nos arts. 282, II e 312¹⁸⁰, bem como quando não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP art. 282, §6º¹⁸¹, torna a prisão temporária muito semelhante à preventiva, distinguindo-se desta apenas pelo caráter temporário, por uma finalidade objetiva

¹⁸⁰ Tem-se que as medidas cautelares devem ser aplicadas observando-se a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado, garantindo a proporcionalidade e a justiça na aplicação das medidas cautelares. A prisão preventiva pode ser decretada apenas para garantir a ordem pública ou econômica, assegurar a conveniência da instrução criminal ou garantir a aplicação da lei penal, estando condicionada à existência de prova do crime e de indícios suficientes de autoria, além de um perigo decorrente do estado de liberdade do imputado. A decisão que a decreta deve ser motivada e fundamentada em um receio de perigo concreto e baseada em fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida (Brasil, **Código de Processo Penal**, 1941).

¹⁸¹ Entre essas medidas, destaca-se o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca, quando a presença do acusado é necessária para a investigação ou instrução do processo, e o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga para aqueles que possuem residência e trabalho fixos. Outras medidas incluem a suspensão do exercício de função pública ou de atividades econômicas, quando há receio justificado de seu uso para práticas ilícitas e a monitoração eletrônica do acusado, e a impossibilidade de sair do país com a entrega de passaporte no prazo de 24 horas. Ressalta-se, ainda, que o art. 282, §6º traz expressamente que a prisão cautelar deve ser utilizada apenas quando não for possível nenhuma medida cautelar. (Brasil, **Código de Processo Penal**, 1941).

(investigação), pelo rol taxativo e pela fixação de prazo para análise do pedido.

De mais a mais, tornou claro a necessidade de estar presente o *periculum libertatis*, demonstrando a necessidade da prisão para o sucesso da investigação, bem como o *fumus comissi delicti*, que representa a existência de fundadas razões de autoria ou participação do investigado, requisitos estes próprios das prisões cautelares. Em suma, a declaração de constitucionalidade da prisão temporária, mediante interpretação conforme, transparece, *a prima facie*, adequada sob um enfoque pragmático, e, muito embora seja relevante para evitar prisões temporárias quase que automáticas, o que é um ponto positivo, não se tem, ainda, um estudo aprofundado sobre as tendências das decisões judiciais reflexivas da interpretação conforme, o que interessa a uma pesquisa futura.

Ocorre que, malgrada essa nova interpretação conforme à Constituição, reconhecendo a sua aplicação apenas de forma excepcionalíssima, por ser a 'exceção da exceção', ainda se está diante de uma medida pré-cautelar, que ocorre em fase pré-processual, inclusive, de forma precária, haja vista que sua finalidade, para fins de investigação, é mantida.

É por esta razão que, segundo Paulo Dias e Sara Zaghloutt, o instituto da prisão temporária reforça a percepção de que o investigado é tratado como mero objeto da investigação, desprovido de direitos, servindo apenas como um instrumento nas mãos do Estado, que se apodera de seu corpo. A lógica da prisão temporária é invertida: primeiro se prende, depois se investiga, sendo, portanto, incompatível com o princípio *nemo tenetur se detegere*.¹⁸²

Ainda que se tenha dado ares de constitucionalidade a este instituto, não apaga o fato e o contexto que levou à sua criação, ou seja, em resposta aos clamores por políticas criminais do tipo 'lei e ordem', notadamente de natureza autoritária e precisamente fascista, que se baseiam na exploração do medo social como justificativa para a expansão de normas penais draconianas e para a redução ou

¹⁸² DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A (in) compatibilidade da prisão temporária com um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito. In: MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. CRISTIANETTI, Jéssica (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Relações Sociais em Tempos Hipercomplexos**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 44.

limitação das garantias fundamentais dos considerados indesejáveis.¹⁸³

Além disso, observa-se uma verdadeira crise na atuação jurisdicional em uma parcela considerável do Judiciário, cuja instabilidade decorre, em grande parte, da resistência de alguns julgadores em se adequar à normatividade, preferindo solucionar as demandas por meio de um decisionismo. Tal situação é particularmente grave no campo do processo penal, onde os bens jurídicos em discussão são, em sua maioria, indisponíveis e o Estado, seja na função de investigador, acusador ou julgador, apresenta um claro agigantamento em relação à pessoa investigada ou processada. Portanto, os integrantes do Poder Judiciário não podem resvalar para a discricionariedade, pois o ordenamento jurídico, especialmente no âmbito processual penal, impõe limites rigorosos à atuação estatal, incluindo a autoridade julgadora.¹⁸⁴

A isso vai refletir o juízo de ponderação, que nada mais é do que o “sopesamento entre fins e meios”, onde é possível visualizar as mais variadas respostas para casos semelhantes que, no caso das prisões, acarretaria a mesma resposta judicial, mas que acabam recebendo decisões distintas sob o manto da “ponderação”.¹⁸⁵

Encontra-se aqui, na ponderação, o poder oculto que vai ‘estratificar’ as decisões jurídicas, da mesma forma e intensidade que Darcy Ribeiro tão claramente evidencia na esfera social. Isso porque a técnica de ponderação, quando mal aplicada, pode refletir os interesses das camadas mais altas da estratificação social, reproduzindo estruturas de poder e desigualdades. Daí dizer que juízes que resistem à normatividade e recorrem ao decisionismo podem, consciente ou inconscientemente, favorecer grupos privilegiados.

Pode-se dizer que a discricionariedade judicial permite aos juízes tomar decisões baseadas em interpretações pessoais da lei. Em uma sociedade estratificada, essa discricionariedade pode ser influenciada pelos preconceitos e valores da elite social, resultando em decisões que reforçam as desigualdades. No

¹⁸³ DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. **Direitos Fundamentais e Relações Sociais em Tempos Hipercomplexos**, p. 50.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**, p. 52.

campo do processo penal, onde os direitos em jogo são indisponíveis e a liberdade individual está em risco, a aplicação inadequada da ponderação pode resultar em decisões que favorecem a manutenção da ordem pública em detrimento dos direitos dos acusados, cujo resultado é perpetuar a marginalização das camadas sociais menos favorecidas, que são desproporcionalmente afetadas pelas práticas penais.

É aqui que a crítica de Lenio Streck à ponderação jurídica pode ser justificada dentro da ideia de estratificação social de Darcy Ribeiro ao demonstrar como a aplicação arbitrária dessa técnica pode refletir e perpetuar as desigualdades sociais. A discricionariedade judicial, quando não contida pela normatividade, favorece as camadas privilegiadas da sociedade, resultando em decisões que reforçam a hierarquia social existente. De qualquer maneira, a prática forense pode dar um indicativo desses reflexos, podendo ser utilizado, para a avaliação imediata, as premissas já existentes.

Portanto, no próximo subcapítulo, a análise será baseada na dedução advinda da prática das prisões preventivas, diferenciando-as das prisões temporárias, considerando que ambas são formas de prisão cautelar. O método dedutivo para avaliação do tema foi escolhido por se adequar melhor ao objetivo inicial proposto, ou seja, tecer considerações mais relativas ao campo filosófico, precisamente jurídico-político. É, portanto, através dessa abordagem que se busca compreender melhor o impacto e reflexos da decisão paradigma às decisões judiciais..

3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PARADOXO JURÍDICO-POLÍTICO DA NOVA INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA PELO STF

Inicialmente, é preciso dizer que a dificuldade em democratizar a estrutura do processo penal brasileiro é principalmente decorrente da persistência de uma racionalidade processual originária do período do fascismo. Os juristas adeptos dessa corrente ideológica não fizeram mais do que adaptar os paradigmas inquisitórios antigos e os conceitos positivistas, disfarçando-os com elementos da tradição jurídica liberal e com discursos de técnica e neutralidade. O objetivo era tornar o processo mais pragmático, supostamente para defender o Estado-sociedade. Diante disso, indubitavelmente, o que se vê hoje é uma racionalidade no processo penal brasileiro predominantemente a mesma que permitiu a Benito Mussolini manipular o

sistema de justiça penal para proteger os interesses de seu regime autoritário.¹⁸⁶

Apesar das críticas feitas por alguns autores, não se pode negar que o Código de Processo Penal brasileiro é uma imitação imperfeita do *Codice Rocco*, ao menos no que tange à sua base axiológica. No entanto, é crucial reconhecer que a perspectiva jurídico-penal e criminológica desenvolvida pelos tecnicistas a serviço do fascismo foi além da mera estrutura morfológica da legislação. No Brasil, apesar dos inúmeros esforços legislativos para afastar esse padrão tecnicista, ela continua desempenhando um papel significativo na formação da cultura processual penal brasileira desde a década de 1940. Daí fixando sua moldura, ao longo do tempo, influenciando na maneira como doutrinadores, legisladores, magistrados, promotores e advogados brasileiros entenderiam o processo e sua funcionalidade, perpetrando, assim, a visão inquisitorial de que o processo penal é primordialmente um instrumento repressivo.¹⁸⁷

O efficientismo penal, também chamado de estado penal máximo, coaduna com axiologia do autoritarismo, pois inserido no contexto das "políticas criminais autoritárias", conseqüentemente antigarantistas, e caracteriza-se pelo desvalor da legalidade estrita ou de seus corolários, visando unicamente uma eficácia absoluta do Direito Penal, ou seja, assegurar que nenhum culpado escape da punição. Por basear-se em uma abordagem criminológica positivista, almeja a máxima efetividade do controle social para a manutenção garantia da ordem pública. Além disso, os elementos centrais dessa teoria incluem o substancialismo penal, que implica uma visão ontológica do crime e menospreza o princípio da legalidade ao incorporar conceitos morais e uma necessidade ampliada de punição; soma-se a isso a adoção de um decisionismo processual, onde as decisões e penas são baseadas em critérios mais arbitrários e subjetivos, contrastando com as abordagens mais minimalistas e verificáveis.¹⁸⁸

Em contraposição ao efficientismo, o garantismo se posiciona com uma abordagem de direito penal mínimo, fundamentando-se principalmente na ideia de

¹⁸⁶ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, 2022, p. 109.

¹⁸⁷ SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, 2022, p. 109-110.

¹⁸⁸ AMARAL, Alberto Carvalho. **O conflito entre dois modelos de política criminal contraditórios. O efficientismo e o garantismo**. Disponível em: < <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-conflito-entre-dois-modelos-de-pol%C3%ADtica-criminal-contradit%C3%B3rios-o-efficientismo-e-o-garant> > Acesso em 12 dez 2023, p. 01-02.

que o Direito Penal não deve ser visto como solução para todos os problemas da sociedade, mas reservado para casos mais graves. Essa corrente teórica é inspirada pelas contribuições da Criminologia Crítica e busca não apenas a transformação social e institucional necessária para reduzir a criminalização, mas também a aplicação de alternativas ao encarceramento. Os principais elementos de evidência do garantismo são o convencionalismo penal, que se refere à aplicação rigorosa do princípio da legalidade, tanto no aspecto formal (definição clara do delito) quanto no aspecto empírico (conduta culpável comprovada do autor); o cognitivismo processual, apoiando-se no princípio da jurisdicionariedade, que enfatiza a necessidade de comprovação fática das acusações.¹⁸⁹

Nesse sentido, como adiantado nos capítulos anteriores, o garantismo se apresenta como uma ferramenta essencial não só para entender a necessidade de limitar o exercício arbitrário do poder, mas também como um meio de intermediar os interesses públicos quanto privados. Assim, pode-se dizer que o garantismo tem como objetivo a efetiva realização do ordenamento jurídico, protegendo os direitos fundamentais que, muitas vezes, estão sob ameaça, visando assegurar a eficácia do Estado Democrático de Direito, baseando-se na não subordinação a qualquer tipo de poder estabelecido, seja ele privado, político ou econômico.¹⁹⁰

Sendo assim, o convencionalismo penal é um dos elementos-chave da epistemologia garantista, conforme deriva do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Exige a observância de duas condições: primeiro, o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio (reserva legal), direcionado ao juiz como expressão da mera legalidade; segundo, o caráter empírico ou fático das hipóteses-desvio legalmente definidas, vinculado à legalidade estrita proposta como uma técnica legislativa específica. Esta técnica visa excluir convenções penais arbitrárias e discriminatórias, que não se referem a fatos, mas diretamente a pessoas, conferindo-lhes um caráter "constitutivo" e não "regulamentar" do que é punível. Um segundo elemento-chave para a epistemologia garantista é a compreensão de que o cognitivismo processual se refere à determinação concreta do

¹⁸⁹ AMARAL, Alberto Carvalho. **O conflito entre dois modelos de política criminal contraditórios. O eficientismo e o garantismo**, p. 03.

¹⁹⁰ COPETTI NETO, Albreto; OLIVEIRA, Caio Coêlho de; CUNHA, Karoline França Bastos. **Juris Poiesis**, p. 11-12.

desvio punível. Este requisito afeta a parte dos pronunciamentos jurisdicionais constituída por suas "motivações", ou seja, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação.¹⁹¹

A análise da matriz axiológica e /ou valorativa do processo penal se torna essencial ao presente estudo na medida em que se apresenta como um dos principais determinantes jurídico-político do Estado, o que reflete não apenas a forma de sua utilização enquanto instrumento, mas principalmente por sua repercussão no âmbito social. À vista disso, observa-se que várias ideias e paradigmas centrais da inquisição, focadas em maximizar a eficácia do poder punitivo, ainda persistem, mesmo estando visível a matriz política adotada pela Constituição Federal de 1988, qual seja, democrática e cidadã.

A noção de que o processo é um meio de repressão; de que é necessário rapidez no processamento com o objetivo de encontrar a "verdade real"; a visão do acusado como um inimigo da sociedade; a exigência de que o juiz mantenha uma postura ativa e determinada na busca de provas, impulsionando medidas de ofício, incluindo decretações de prisão, que supostamente garantiria justiça de substância; a concepção de que garantias, objeções e recursos são dispensáveis e apenas servem para impedir o exercício do poder punitivo e fomentar a impunidade; e a presunção de culpabilidade ao invés de inocência, são conceitos que continuaram a ser aplicados, tanto na tradição jurídico-penal liberal quanto no positivismo e nas abordagens técnico-jurídicas, cada um respaldado por discursos e justificativas distintas.¹⁹²

Seja dito de passagem que o liberalismo se destaca por sua ênfase na restrição do poder estatal, em contraste com o absolutismo, que promove a intervenção estatal abrangente na vida dos cidadãos, estendendo-se aos domínios político e econômico, encapsulado na máxima francesa *laissez faire, laissez passer*, que preconiza a não interferência do Estado nas relações individuais e a preservação da liberdade nessas interações. Dito isso, dado que o Direito Penal é um meio pelo qual o Estado pode intervir nas liberdades individuais, em um contexto liberal, portanto, ele também deve ser restringido. Essa necessidade de limitação se torna mais evidente ao reconhecer que o Direito Penal representa a forma mais direta de

¹⁹¹ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**, p. 64.

¹⁹² SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, 2022, p. 111.

intervenção estatal na liberdade dos cidadãos, e, assim sendo, o Direito Penal apenas deveria ser aplicado nos casos em que é essencial para a proteção da sociedade a fim de estar alinhado com os princípios liberais.¹⁹³

Verifica-se, em relação à tradição jurídico-penal liberal, que paradoxalmente as nuances autoritárias se instalam e a envolvem. Isso ocorre, em grande parte, devido às modificações advindas com o neoliberalismo, pois este desafia as fundações do liberalismo clássico em virtude da sua natureza polissêmica. Aliás o garantismo também enfrenta sérios desafios em sua interação com essa vertente neoclássica, visto que, apesar de o garantismo, como manifestação da democracia constitucional, ter um enfoque neoiluminista, isto é, indo além da mera afirmação simbólica do liberalismo individualista, abrangendo também aspectos de uma social democracia e a proteção de direitos positivos, não está imune à influência do neoliberalismo, que cabalmente afeta a democracia, ou seja, o corpo político, que é disputado tanto pela passividade da democracia liberal quanto pela aplicação antagonista ou até hipócrita das normas jurídico-constitucionais modernas.¹⁹⁴

Desse modo, a lógica democrática do individualismo liberal, embora pareça promover a liberdade, antagonicamente pode obstruir o desenvolvimento de uma liberdade genuína, pois, como reflexo de um discurso monetizado, é erroneamente vista como um mecanismo para a realização da democracia, quando, na verdade, favorece certas classes sociais que não atendem adequadamente às necessidades reais do dia a dia e à emancipação individual-coletiva. O neoliberalismo, apesar de prometer formalmente libertar o cidadão do Estado, da política e do social, na prática subordina o Estado e a cidadania à economia, promovendo uma identidade moralmente hiperbolizada e um sacrifício social inquestionável.¹⁹⁵

É nesse contexto que se extrai a afirmação de que os discursos ideológicos ganham ainda mais notoriedade e força, principalmente frente ao avanço da globalização, e toda a facilitação em termos tecnológicos e de comunicação daí decorrente. E aqui se encaixa um dos componentes da crise da democracia, como

¹⁹³ OLIVEIRA, Vivian Brenner de. O direito penal e o liberalismo: considerações a respeito do papel do Direito Penal em um Estado Liberal. **Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, v. 1, n. 2, 2019, p. 109.

¹⁹⁴ ASSUMPCÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, p. 53.

¹⁹⁵ ASSUMPCÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri**, p. 53-54.

visto anteriormente com Ferrajoli, qual seja, a monopolização dos meios de comunicação e informação a uma seleta classe social.

Esse fato, no âmbito penal, vai evidenciar a velha máxima popular de que “bandido bom é bandido morto”, dado que o neoliberalismo subverte as matrizes democráticas à razão do capital, significando a ascensão de um individualismo exacerbado e nada social, voltado à materialização financeira para si mesmo. Assim, tanto o poder ascendente quanto o descendente voltarão suas preocupações para o “eu” ao invés do “nós”.

Em outras palavras, significa que a resolução de conflitos sociais, e aqui se insere o problema da criminalidade e do processo penal instrumental, focará apenas na forma que for mais rentável à vista do interesse individual; ainda que o discurso advindo do poder descendente venha a se utilizar do “nós”, em realidade, não mira a real solução desses problemas, mas tão somente movimentar recursos e políticas que reforcem a estrutura de poder e controle, ignorando as necessidades coletivas e aprimorando mecanismos que beneficiam uma elite, em detrimento do bem-estar social.

O reflexo disso é a alimentação de um ciclo vicioso onde a repressão e o controle se sobrepõem à justiça e à equidade, e a preocupação com a segurança pública é manipulada para sustentar interesses econômicos e políticos específicos, em vez de buscar soluções efetivas e humanitárias para os reais problemas da criminalidade e da violência.

Nesse contexto, o discurso científico transforma-se em uma ferramenta estratégica, onde a verdade é manipulada como um jogo que gera impactos políticos. Ao examinar essa estratégia, percebe-se que o núcleo conceitual dos discursos científicos se esvazia, tornando-se apenas um significante em um contexto fragmentado, repleto de conotações difusas, mascaradas por um controle metódico que já perdeu sua estabilidade. Quando a coerência e a vigilância lógico-conceitual são invocadas dentro de relações políticas, elas funcionam como uma espécie de exorcismo semiológico, ocultando e impedindo a detecção dos efeitos políticos do discurso, sob a aparência de rigor. Ao inserir a questão do poder nos discursos das ciências sociais, as regras de objetivação tornam-se quase sagradas, despojando as

relações conceituais de sua função referencial e expondo-as aos efeitos do poder.¹⁹⁶

Diante disso, torna-se impossível analisar as inúmeras dimensões de todo o simbolismo que gira em torno da prisão, sem considerar o poder intrínseco das significações e a influência do político nas formas de expressão. Como salienta Soraia da Rosa Mendes, o impacto do discurso vai além da simples expressão verbal ou escrita, porquanto não há palavras desprovidas de intenção, dado que são produzidas em um contexto social que estabelece relações simbólicas de poder. Diante disso, o discurso é moldado não apenas pelo que é expressamente comunicado, mas também pelas interpretações, traduções e repetições que criam e perpetuam paradigmas ao longo do tempo, influenciando a formação das sociedades e dando forma às suas complexidades.¹⁹⁷

Os questionamentos da autora são sólidos: “Quem formula essa “linguagem jurídica” de que trata Ferrajoli e sobre a qual não se perquire desde que sirva ao propósito de sustentar a legalidade estrita? Quem produz esses discursos normativos que sustentam a verdade das expressões por esse mesmo motivo julgadas válidas? Estariam esses “produtores” imunes às ingerências de suas culturas patriarcais, orientadas pelo racismo estrutural e pela heteronormatividade?”¹⁹⁸

É incerto se as respostas subsequentes possam ser vistas simultaneamente como razoáveis e realistas, mas parece evidente que os chamados “produtores” são, na verdade, representados por instituições, corporificadas nas decisões judiciais, mormente as prolatadas na magnitude do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se, como adverte Warat, o poder das significações jurídicas, suas origens e impactos verídicos são cruciais. Contudo, ao invés de focar no debate sobre a natureza científica do conhecimento jurídico das decisões, é preferível destacar a importância do conjunto de representações presentes nos variados discursos do direito; representações estas fundamentais para cumprir as funções sociais da cultura jurídica, que não costumam estar explicitamente declaradas.¹⁹⁹

¹⁹⁶ WARAT, Luís Alberto. Dilemas sobre a história das verdades jurídicas: tópicos para refletir e discutir. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 4, n. 6, p. 97-113, 1983, p. 100.

¹⁹⁷ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**, p. 75-76.

¹⁹⁸ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**, p. 76.

¹⁹⁹ WARAT, Luís Alberto. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, p. 108.

A filosofia jurídica clássica influenciou de maneira fragmentada o regime de verdade praticado nas atividades profissionais dos juristas, abrangendo o judiciário, a administração pública e o parlamento. Nestas práticas, observa-se a predominância de um discurso complexo, heterogêneo e diversificado, fruto de um jogo semiológico-material, e a ciência do direito citada pelos juristas em suas atividades é, na realidade, uma coleção de opiniões metodicamente arranjadas, mais uma doxa profissional do que um conhecimento científico rigoroso.²⁰⁰

A essa altura, a prática discursiva é fortemente influenciada por hábitos semiológicos e costumes intelectuais, em que as noções críticas da filosofia ou da teoria geral do direito são utilizadas mais como argumentos retóricos do que como ferramentas analíticas. Assim sendo, constata-se que nas práticas jurídicas é encontrada uma formação discursiva onde o discurso competente incorpora diversas perspectivas, ainda que a sua integração esteja limitada pelos conflitos das relações sociais. Dessa maneira, os hábitos semiológicos funcionam principalmente como estereótipos, e o significado destes depende do poder das forças opostas no momento em diferentes períodos históricos.²⁰¹

À vista disso, observa-se que a interação entre a produção de significados jurídicos, nos termos propostos por Warat, e as decisões jurídicas pode ter um impacto profundo na construção de um discurso de "verdade" no contexto do processo penal, especialmente em relação às decisões que envolvem a decretação de prisões preventivas, porquanto alcança a seara das liberdades individuais. Na prática, essa dinâmica de produção de significar se apresenta particularmente relevante, haja vista o contraste entre a teoria paradigma da Constituição Federal, de índole garantista, e a prática predominante de um estado penal máximo, emanado do autoritarismo, e focado na eficiência penal.

Para a teoria garantista de Ferrajoli, como visto, o processo penal deve ser concebido como um sistema de garantias, que primordialmente deve proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, restringindo o poder punitivo do Estado e promovendo um julgamento justo e baseado em provas concretas. Portanto, evidencia-se que o garantismo prioriza a inocência presumida, pois além de afirmar a

²⁰⁰ WARAT, Luís Alberto. **Sequência**, p. 107.

²⁰¹ WARAT, Luís Alberto. **Sequência**, p. 107.

necessidade de provas substanciais para a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade, afora a exigência de um rigoroso respeito aos procedimentos legais.

Indubitavelmente, a prática forense tem demonstrado que o processo penal muitas vezes se afasta desses ideais garantistas. Ao que parece, isso ocorre porque há influência de discursos jurídicos que valorizam a eficiência e a resposta rápida ao crime como forma de satisfazer aos anseios social, cuja ordem pública o Estado deve garantir. Assim, o sistema penal tende a adotar uma abordagem de eficiência ao invés de eficácia (leia-se em termos materiais), o que acaba refletindo na adoção de um estado penal máximo.

Nesse contexto, a prisão preventiva acaba “não fugindo à regra” (do eficientismo), sendo também utilizada tanto como ferramentas para garantir o bom andamento do processo quanto para acalmar a ordem pública social, demonstrando a efetividade do sistema penal na luta contra a criminalidade. Esta abordagem, verdade seja dita, prioriza a imposição de controle e repressão em detrimento dos direitos individuais e do devido processo legal material, demonstrando que, sem embargo o sistema de justiça penal abrace um discurso axiológico democrático, seu núcleo ainda tem raízes no autoritarismo; e com a ascensão da racionalidade neoliberal, que se instala de forma perene, a tendência é não haver luz ao fim do túnel.

A produção de decisões jurídicas, dentro desse contexto, é moldada por um complexo jogo de significações, onde os conceitos e interpretações da lei são influenciados por diversos fatores, sociais, políticos, econômicos, não estando imune às astúcias do neoliberalismo. Dito isso, não é difícil compreender que as decisões judiciais que requeiram a análise sobre decretar prisão preventiva, aplicar medidas cautelares alternativas ou conceder a “liberdade provisória”²⁰², podem ser influenciadas por percepções desvirtuadas de periculosidade, clamor público ou necessidade de resposta rápida ao crime, em vez de se basearem estritamente em critérios legais objetivos e garantias processuais.

É aqui, pois, que resulta a discrepância trivial entre a teoria garantista e

²⁰² Entre aspas, porque a liberdade do indivíduo, num Estado Democrático de Direito, nunca é provisória, é permanente.

a prática efficientista, com o discurso jurídico contribuindo para a perpetuação de um sistema penal autoritário que prioriza a eficiência e o controle sobre as garantias e direitos individuais. Assim, como imaginar que com a prisão temporária seria diferente? A resposta a esse questionamento, mais uma vez, remonta à mentalidade autoritária.

Desde 2011, com o advento da Lei 12.403, o ordenamento jurídico passou a prever as chamadas medidas cautelares alternativas, que abrigou um leque de possibilidades diversas da prisão, *a priori*, com o objetivo de diminuir o encarceramento provisório. Uma pesquisa feita no Rio de Janeiro em 2011²⁰³ demonstrou a tendência dos magistrados em preferir a prisão provisória, o que, num primeiro momento, parecia estar relacionada à limitação de outras medidas. Contudo, mesmo após o advento da Lei 12.403, implementada em julho de 2011, que expandiu as possibilidades de cautelares alternativas à prisão, houve pouca mudança prática. Essa pesquisa constatou que, mesmo após a lei, a prisão provisória continuou a ser a principal medida cautelar adotada. Em 2011, 79% das decisões judiciais sobre flagrantes resultaram em detenção preventiva.

Os avanços percebidos restaram restritos apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, como furto e estelionato, que tecnicamente comportariam liberdade provisória. Contudo, ainda assim, metade dos acusados desses crimes continuaram recebendo prisão provisória, e quase nenhum impacto foi observado em crimes mais graves como roubo, homicídio e tráfico de drogas, que continuaram a ter prisão preventiva aplicada em mais de 90% dos casos.

A pesquisa qualitativa também identificou três mecanismos influenciadores desses resultados: a exigência de documentos comprobatórios para a liberdade processual, a associação automática do tráfico de drogas ao "mal" genérico e o uso da "garantia da ordem pública" como justificativa vaga para a decretação de prisão provisória. Segundo a autora, a Lei 12.403, ao manter a expressão "garantia da ordem pública" sem definição clara, contribuiu para a persistência do uso abusivo da prisão provisória. A pesquisa também apontou para uma afinidade entre promotores e juízes e um certo descrédito na Lei das Cautelares, com críticas à

²⁰³ LEMGRUBER, Julita; et al. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro.**

dificuldade de fiscalização das medidas alternativas e a percepção de que a lei visa mais a redução da superlotação carcerária do que a justiça propriamente dita.²⁰⁴

De fato, não se desconhece, nem se nega, que a decisão proferida em razão do julgamento das ADIs 3360/DF e 4109/DF representa um passo significativo na reafirmação material do garantismo penal. Entretanto, a análise da Lei de Prisão Temporária revela que o Estado, devido à sua ineficiência em investigar uma infração penal, opta por sacrificar a liberdade do indiciado como tentativa de incriminá-lo. Apesar de os motivos alegados pelo legislador serem o aumento da violência e a necessidade de conferir maior eficiência à polícia, a prática extrema de privar uma pessoa de sua liberdade para somente depois investigá-la não se sustenta diante da ordem constitucional de 1988.²⁰⁵

Contudo, o desafio persistente reside na transposição dessas diretrizes teóricas para a prática judiciária cotidiana. As ADIs, embora tenham ressaltado a importância de se observar o princípio da presunção de inocência e de restringir o uso da prisão temporária, frisa-se quase que “automática” na redação legal, concedendo uma interpretação conforme, não parece que isto alterará substancialmente o *modus operandi* de um sistema ainda enraizado em práticas autoritárias e efficientistas.

À vista dos resultados práticos demonstrados cientificamente pela pesquisa de Julita Lemgruber et al, quando da promulgação da Lei das Medidas Cautelares, restou evidente que a prisão cautelar continua tendo um uso desproporcional, evidenciando que o discurso garantista, embora presente na legislação, ainda enfrenta resistências significativas na sua implementação efetiva. A persistência dessas práticas judiciais indica que a transformação do sistema penal, para estar verdadeiramente alinhada com os princípios garantistas, requer uma mudança mais profunda na cultura jurídica e principalmente na mentalidade dos operadores do direito.

Portanto, apesar das decisões das ADIs e do teor da Lei 12.403/2011, cuja possibilidade de aplicação restou clara na posição do STF, a realidade prática sugere que a prisão temporária, a par da experiência de outras formas de

²⁰⁴ LEMGRUBER, Julita; et al. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro.**

²⁰⁵ SOUZA JÚNIOR, Ivo Andrade. Análise Crítica da Prisão Temporária. **Boletim Conteúdo Jurídico** n. 803, ano IX, Brasília, 2017, p. 88.

encarceramento preventivo, continuarão sendo utilizadas de forma extensiva, muitas vezes como resposta imediata às pressões sociais por segurança, que no caso da prisão temporária será para a investigação penal, ao invés de serem consideradas como último recurso, conforme preconizado pela teoria garantista.

Tudo isso indica que a complexidade de fatores, somada à dificuldade de mudar práticas judiciais enraizadas, primordialmente subjetivas de uma racionalidade autoritária e neoliberal, indica a necessidade de um esforço contínuo para alinhar a teoria e a prática no sistema de justiça penal.

CONCLUSÃO

Para entender a relação entre a ordem política, legal e a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das ADIs estudadas, para questão de contextualização, foi fundamental analisar a organização e a estratificação social, o que permitiu avaliar, com base numa prospecção, os possíveis impactos da decisão no tecido social.

Foi necessário considerar, na análise social, a interconexão entre a distribuição de poder e a desigualdade econômica. Nesse sentido, destacou-se o contraste entre a burguesia local, composta por gestores de corporações internacionais, executivos, tecnocratas estatais e controladores de comércio e finanças, e a massa marginalizada, que inclui a população subempregada ou sem emprego fixo, caracterizando-se por uma inserção instável no sistema produtivo. Através disso, foi possível constatar como processo de marginalização social é construído, além de indicar a forma como o estrato social mais humilde é visto e considerando nas relações sociais e na distribuição do poder.

Verificou-se que o neoliberalismo pós-moderno, ao promover a eficiência de mecanismos de mercado, propaga a ideia de que a liberalização econômica e a estabilidade fiscal impulsionariam o desenvolvimento e a erradicação da pobreza nos países em desenvolvimento. Essa visão, contudo, como restou demonstrada nesta pesquisa, negligencia a crise social e causa o enfraquecimento dos processos de socialização, que são mascarados pelo consumismo, que, por sua vez, transforma o ritmo das grandes cidades.

A intersecção entre instrumentalidade, política e garantismo foi crucial para compreender as relações de poder nas instituições, incluindo o sistema judiciário. A decisão do STF sobre as ADIs é um exemplo dessa interação. Constatou-se que o "garantismo" é um modelo normativo que, no direito penal, significa a adoção de um modelo de "estrita legalidade". Política e juridicamente, o garantismo se manifesta como uma técnica de proteção para reduzir a violência e assegurar direitos dos cidadãos.

A pesquisa demonstrou que a recente decisão do STF sobre as ADIs

ilustra a confluência entre política, garantismo e instrumentalidade processual. À vista do que se viu na teoria de Ferrajoli, o constitucionalismo emergiu como um novo paradigma no direito e na democracia, estabelecendo cláusulas inalteráveis por maiorias, como os direitos fundamentais e o princípio da paz.

Além disso, destacou-se que as prisões cautelares, especialmente a prisão temporária, são medidas complexas no sistema judicial. Embora sejam necessárias para garantir a ordem pública e a segurança, seu uso excessivo e desproporcional pode ser indicativo de um sistema penal autoritário que prioriza controle e repressão sobre direitos individuais.

Inclusive, foi possível constatar, através de uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro em 2011, que, na prática, a Lei 12.403/2011, que introduziu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, não alterou significativamente a tendência dos magistrados em preferir a prisão preventiva, embora houvesse alternativas menos gravosas e igualmente suficientes para acautelar a ordem pública.

Constatou-se que a decisão do STF nas ADIs 3360/DF e 4109/DF, embora represente um avanço na reafirmação do garantismo penal, não é passível de transformar significativamente as práticas judiciais arraigadas em efficientismo e autoritarismo. A discrepância entre a teoria garantista e a prática efficientista é evidente, com o discurso jurídico contribuindo para a perpetuação de um sistema penal que prioriza a eficiência sobre os direitos individuais.

No problema de pesquisa, buscou-se responder esta problemática: Quais os possíveis reflexos jurídico-político da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs n. 3360 e n. 4109, da prisão temporária frente ao princípio da instrumentalidade material do processo?

Foi apontada duas hipóteses como possíveis soluções para este problema, sendo que estas refletem o dualismo na interpretação das normas de prisão temporária, porquanto a hipótese primeira, de cunho afirmativo ao problema, foi justificada a partir da previsão dos novos requisitos impostos pelo STF, que, ao estabelecê-los, impediria o uso arbitrário da prisão, principalmente do ponto de vista material, porquanto passível de proibir o uso da prisão para interrogatório, assim como a prisão devido à falta de residência fixa do investigado. Portanto, esta hipótese estaria

em consonância com os preceitos democráticos e constitucionais.

Ao revés, a segunda hipótese sugerida, de resposta negativa, restou justificada, *a priori*, no fato de que, apesar de o STF ter fixado novos requisitos para a decretação da prisão temporária, e tratando-se de uma norma excepcionalíssima, a decisão não supre a inconstitucionalidade no que diz respeito à instrumentalidade material. Isso ocorreria porque a decisão deixa de estabelecer critérios objetivos para sua decretação, sendo que a mera referência ao art. 312, §2º, do Código de Processo Penal, não corrige essa falha.

Portanto, à vista do que foi pesquisado, é possível concluir que a hipótese negativa se sobrepõe à afirmativa, pois a realidade prática indica que a prisão temporária continuará sendo usada de maneira extensiva, muitas vezes como resposta às pressões sociais por segurança, principalmente nos processos de grande repercussão, ao invés de ser um último recurso, conforme preconiza a teoria garantista. A pesquisa sugere a necessidade de um esforço contínuo para alinhar a teoria e a prática no sistema de justiça penal, considerando os desafios associados à mudança de práticas judiciais enraizadas e a mentalidade dos operadores do direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES PESQUISADAS

AMARAL, Alberto Carvalho. **O conflito entre dois modelos de política criminal contraditórios. O eficientismo e o garantismo.** Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-conflito-entre-dois-modelos-de-pol%C3%ADtica-criminal-contradit%C3%B3rios-o-eficientismo-e-o-garant>> Acesso em 12 dez 2023.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

ASSUMPÇÃO WAGNER, Laís Franciele de. **Democracia e Tribunal do Júri: uma análise a partir da instrumentalidade democrático-constitucional.** Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOMENY, Helena et al. Violência nas escolas públicas do Rio de Janeiro: Notas exploratórias sobre a autoridade docente e as percepções da violência. **Violência na escola: Tendências, contextos, olhares. Chamusca, Cosmos**, p. 273-322, 2010.

BORGES, Clara Maria Roman. Uma genealogia dos discursos críticos ao autoritarismo do Código de Processo Penal Brasileiro. **Sequência - Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 87, Florianópolis, 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Constituição de 1937. Outorgada em 10 de novembro de 1937.

BRASIL. **Lei nº 6.416**, de 24 de maio de 1977. Dispõe sobre a atualização monetária dos valores de débitos trabalhistas.

BRASIL. **Lei nº 5.349**, de 3 de novembro de 1967. Dispõe sobre as medidas a serem observadas pelos agentes diplomáticos ou consulares em caso de conflito armado.

BRASIL. **Lei nº 6.620**, de 17 de dezembro de 1978. Dispõe sobre a autorização para o Poder Executivo abrir, ao Orçamento Fiscal da União, créditos adicionais.

BRASIL. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária.

BURRELL, Sue. The 48-Hour Rule and Overdetention in California Juvenile Proceedings. **UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy.** Winter, 2016.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**, 08 de setembro de 1941. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 23 nov 2023.

CARVALHO DA SILVA, Jaqueline. Manutenção da ordem pública e garantia dos direitos individuais: os desafios da polícia em sociedades democráticas. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 5, n. 1, p. 78–89, 2011. Disponível em: < <https://doi.org/10.31060/rbsp.2011.v5.n1.84>>. Acesso em: 10 dez. 2023.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº. 7.492 de 16.06.86)**. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 1996.

COPETTI NETO, Albredo; OLIVEIRA, Caio Coêlho de; CUNHA, Karoline França Bastos. Entre a Democracia e a Era do Big Data: às vestes do Constitucionalismo Garantista. **Juris Poiesis**, v. 23, n. 33, p. 01–16, 2020. Disponível em: <https://mestradoedoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/9294>. Acesso em: 9 dez. 2023.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021.

CUNHA, Tiago Lorenzini. DIAS, Paulo Thiago Fernandes. O caso da prisão temporária decretada de ofício: A operação “Lava Jato” e a crise no processo penal brasileiro. In: SÍLVIA JÚNIOR, José Mario Brem da; GHIGGI, Marina Portella; CUNHA, Carolina Costa (Orgs.). **Fórum de Ciências Criminais**. [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2017

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A (in) compatibilidade da prisão temporária com um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito. In: MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. CRISTIANETTI, Jéssica (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Relações Sociais em Tempos Hipercomplexos**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed. rev. São Paulo: Global, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Madrid, 2013, p. 101.

GARCIA, Emerson. As forças armadas e a garantia da lei e da ordem. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 10, n. 92, pp. 01-20, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2009v10e92-207>> Acesso em 10 dez 2023.

GARCÍA, Pamela Soto. Multitud y teoría ascendente del poder: reflexiones acerca de la posibilidad de una democracia radical. **Hermenéutica Intercultural Revista de Filosofía**, n. 25, pp. 131-155, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no Processo Penal Brasileiro. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GONÇALVES, Gonçalo Rocha. Polícia, ordem pública e “novas” formas de vigilância: as dinâmicas e os dilemas da segurança. **Análise Social**, 204, XLVII (3.º), 2012.

GUERRA, Maria Pia. MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. O regime constitucional da segurança pública: Dos silêncios da Constituinte às deliberações do Supremo Tribunal Federal. **RIL Brasília**, n. 219, a. 55, jul./set. 2018.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Assembly**: A organização multitudinária do comum. 1 ed. São Paulo: Editora Filosófica, 2018.

HODGSON, Jacqueline S., **The French Garde À Vue Declared Unconstitutional** (August 31, 2010). *In Warwick School of Law Research Paper Forthcoming, Criminal Law and Justice Weekly 24/08/2010*. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1669915>. Acesso em 27 nov 2023.

HORN, Manuela Bittar. **O duplo nível de legalidade e os crimes contra a economia popular no direito penal autoritário**: Itália fascista *versus* Estado Novo brasileiro (1927-1945). [Dissertação]. Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 31, n. 2, jun, 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-31572011000200004>> Acesso em 06 dez 2023.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia; CANO, Ignacio; MUSUMECI, Leonarda. **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro**: Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: ARP/CESeC.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury, **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. Ebook. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOUIS, Vincent; BLOUET, Capucine; CARO, Valentin; LAGANE, Mathilde Lagane. Le régime transitoire de la garde à vue à l'épreuve des exigences conventionnelles. **La Revue des droits de l'homme**. Actualités, Droits-Libertés. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revdh/8267>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.8267>. Acesso em 27 nov 2023.

MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no estado democrático de direito**. Disponível em: https://mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/penal-constitucional/texto_garantismo.pdf> Acesso em 09 dez 2023.

MARX, Karl. **O Capital**, Livro 1. São Paulo: Boitempo, 1996.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. [Edição do Kindle]. São Paulo: Atlas. 2020,

MEZZALIRA, Ana Carolina et al. Prisão Preventiva e Lei Anticrime: as (falsas) expectativas sobre as reformas legislativas em face da linguagem de poder das decisões judiciais pre-trial. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 85-103, 2020.

MONTFERRE, Hélio. Estudos revelam impacto da redistribuição de renda no Brasil. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília, 04 ago. 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13909-estudos-revelam-impacto-da-redistribuicao-de-renda-no-brasil>>. Acesso em 08 dez 2023.

MORAIS DA ROSA, Alexandre, **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOTTA, Daniele Cordeiro. As particularidades do regime de classes no Brasil segundo Florestan Fernandes. **Anais do V Simpósio Internacional de Lutas Sociais na América Latina**, 2013.

NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)**: do Direito Penal Político Italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. [Dissertação], Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2010.

OLIVEIRA, Vivian Brenner de. O direito penal e o liberalismo: considerações a respeito do papel do Direito Penal em um Estado Liberal. **Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, v. 1, n. 2, 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832. In **Arquivo Nacional MAPA, memória da Administração Pública Brasileira**, 11 de nov. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832>. Acesso em 26 nov 2023.

PIÑON, Charles Pacheco. As Forças Armadas e a garantia da lei e da ordem sob uma perspectiva histórica e social. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1293, 15 jan. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9392>. Acesso em: 10 dez. 2023.

RIBEIRO, Ana Clara Torres. A cidade neoliberal: crise societária e caminhos da ação. **OSAL, Observatório Social de América Latina**. Ano VII no, v. 21, p. 23-32, 2006.

RIBEIRO, Darcy. **O dilema da América Latina: estruturas de poder e forças insurgentes**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Lei nº 7.960, de 21 de Dezembro 1989: Um breve estudo sistemático e comparado**. Disponível em: http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=214&p_ch=. Acesso em 26 nov 2023.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 213-244, Belo Horizonte, 2015.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no Processo Penal Brasileiro: O fetiche pelo princípio inquisitivo e o "Isomorfismo Reformista". **Revista Faculdade de Direito UFMG**, n. 80, pp. 107-133, jan./jun. Belo Horizonte, 2022.

SOLÓRZANO. Yubirí Arago. Democracia, proceso de democratizacion y espacialidad de poder. **Aldea Mundo**, año 12, n. 23, mayo-octubre, 2007.

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem Pública e Prisão Preventiva: Uma investigação histórico-política. **Revista da Defensoria Pública RS**. 15 ed. Porto Alegre, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Ivo Andrade. Análise Crítica da Prisão Temporária. **Boletim Conteúdo Jurídico**, n. 803, ano IX, Brasília, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. [versão eletrônica Le Livros] 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109/DF e 3360/DF**. Relatora Min. Cármen Lúcia, Relator Min Edson Fachin. Brasília, 14/02/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481715&ori=1>> Acesso em: 12 dez 2023.

UNITED STATES. **Bill of Rights**, 1789. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript> Acesso em 27 nov 2023.

UNITED STATES. Supreme Court. **County of Riverside v. McLaughlin, 500 U.S. 44 (1991)**, nº 89-1817, Decidet May 13, 1991. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/44/>. Acesso em 27 nov 2023.

VASCONCELLO, Gilberto Felisberto. Estruturas de poder e estratificação social no Brasil: leitura e crítica da sociologia política de Darcy Ribeiro. **Locus - Revista de história**, Juiz de Fora, v.25, n. 2, p. 275-289, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.34019/2594-8296.2019.v25.28223>. Acesso em 05 dez 2023.

WARAT, Luís Alberto. Dilemas sobre a história das verdades jurídicas: tópicos para refletir e discutir. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 4, n. 6, p. 97-113, 1983.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 2. São Paulo: Editora UNB, 2004.

ZACKSESKI, Cristina. **A construção do conceito de ordem pública nas políticas de segurança dos distritos federais do Brasil e do México (1980 -2005)**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) Centro de pesquisa e pós-graduação sobre as Américas - CEPPAC, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.