

**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**ESTADO E PROCESSO PENAL: CRIME, SOCIEDADE E
PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL**

José Valente Neto

Fortaleza - Ceará
Junho, 2014

JOSÉ VALENTE NETO

**ESTADO E PROCESSO PENAL: CRIME, SOCIEDADE E PRISÃO
CAUTELAR NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.

Fortaleza - Ceará
2014

V154e Valente Neto, José.

Estado e processo penal: crime, sociedade e prisão cautelar no Brasil / José Valente Neto. - 2014.

150 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2014.

“Orientação: Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.”

1. Processo penal. 2. Estado. 3. Crime. 4. Prisão cautelar. I. Lima, Martonio Mont'Alverne Barreto. II. Título.

CDU 343.1

JOSÉ VALENTE NETO

**ESTADO E PROCESSO PENAL: CRIME, SOCIEDADE E PRISÃO
CAUTELAR NO BRASIL**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Orientador da Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque
Examinador da Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof. Dr. João Emiliano Fortaleza de Aquino
Examinador da Universidade Estadual do Ceará - UECE

Dissertação aprovada em: 10 de junho de 2014.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria José da Rocha, *in memoriam*, por ter sido pai e mãe, pela firmeza, pelo estímulo incondicional aos estudos.

Aos meus filhotes, João Guilherme, José Alexandre e André Luís, por duas oportunidades na vida, entre tantas outras: ser pai e sentir o orgulho de tê-los como filhos.

À minha esposa, Danise Mendes da Silva Valente, pela dedicação, pelo carinho, pelo cuscuz com café, pela coragem de ter apostado “alto” no “Conjunto Prefeito José Wálter”.

Ao Mestre Adilson, meu pai de criação, pelas parcerias e conselhos.

À Altacir Valente da Silva, meu pai, pela contribuição e incentivo.

Ao Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, amigo, meu orientador desde a graduação, pela paciência, distinção e humildade em transmitir lições de vida.

Ao Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque e ao Prof. Dr. João Emiliano Fortaleza de Aquino, pela disponibilidade, atenção e honra de tê-los como examinadores do trabalho.

Às meninas da secretaria do Mestrado, como são conhecidas Nadja, Sônia e Ana Paula, assim como ao Luiz Carlos, pela gentileza, serenidade e presteza em todos os momentos.

Ao Dr. Augustino Lima Chaves, pela amizade, pelas conversas, pelos livros, pelo exemplo no exercício de uma magistratura vinculada aos princípios constitucionais.

Ao Dr. Dimas de Oliveira Costa, uma figura extremamente lúcida.

Ao Dr. Jânio Pereira da Cunha, um irmão que a vida me deu, pelas sugestões e críticas, por sua dedicação ao magistério.

À Defensoria Pública do Estado do Ceará.

Tão certo é que a paisagem depende do ponto de vista,
e que o melhor modo de apreciar o chicote é ter-lhe o
cabo na mão. (Machado de Assis, *Quincas Borba*)

RESUMO

O trabalho analisa a relação entre Estado, processo penal e a prisão cautelar no Brasil. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um aumento expressivo no número de presos provisórios. Se, por um lado, o legislador constitucional estabeleceu um catálogo de direitos e garantias fundamentais, entre os quais o princípio da presunção de inocência, por outro, o legislador infraconstitucional publicou várias leis penais incriminadoras. O trabalho possui dois objetivos: i) almeja-se analisar a recepção e a aplicabilidade do Código de Processo Penal de 1941, oriundo de um regime autoritário inaugurado com a Constituição de 1937, perante a ordem democrática de 1988; e ii) procura-se estabelecer as razões pelas quais as prisões cautelares no Brasil, mesmo após a promulgação da Lei 12.403/11, que disciplina as medidas cautelares pessoais, prosseguem com cifras tão elevadas. A título de considerações finais, a pesquisa apontou três aspectos do problema que envolve as prisões provisórias no Brasil: i) desigualdades sociais; ii) seletividade do sistema de justiça criminal; e iii) cultura jurídica autoritária.

Palavras-chave: Estado, Processo penal, Crime, Prisão cautelar.

ABSTRACT

The paper analyzes the relationship between the state, criminal and injunctive proceedings prison in Brazil. After the promulgation of the 1988 Constitution, there was a significant increase in the number of pre-trial detainees. If, on the one hand, the constitutional legislator established a catalog of fundamental rights and guarantees, including the presumption of innocence, the other the legislature infra published several incriminating criminal laws. The paper has two objectives: i) the aim is to analyze the reception and applicability of the Code of Criminal Procedure 1941, from a authoritarian regime inaugurated with the 1937 Constitution, before the 1988 democratic order; and ii) seeks to establish the reasons why the precautionary prisons in Brazil, even after the enactment of Law 12.403/11, which governs personal protective measures, continuing with such high figures. As a final consideration, the survey pointed out three aspects of the problem involving the provisional prisons in Brazil: i) social inequalities; ii) selectivity of the criminal justice system; and iii) legal authoritarian culture.

Keywords: State, Criminal procedure, Crime, Prison precautionary.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
1 O SISTEMA JURÍDICO E AS DESIGUALDADES SOCIAIS.....	12
1.1 O direito e a luta de classes.....	12
1.2 As penas e o sistema de produção econômica.....	22
2 O INIMIGO POLÍTICO-JURÍDICO.....	33
3 O PROCESSO PENAL NA COLÔNIA E NO IMPÉRIO DO BRASIL.....	50
3.1 A ideologia da colonização.....	50
3.2 A inquisição e os tormentos.....	53
3.3 Os juízes de paz e a reforma processual de 1841.....	63
3.4. A reforma de 1871.....	71
4 O PROCESSO PENAL NA REPÚBLICA.....	83
4.1 A República Velha (1889-1930).....	83
4.2 A doutrina brasileira do <i>habeas corpus</i>	90
4.3 O Estado Novo (1937-1945) e o Código de Processo Penal de 1941.....	98
5 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.....	106
5.1 A Constituição Federal de 1988 e a prisão.....	106
5.2 Medidas cautelares pessoais e a prisão cautelar no processo penal brasileiro.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS.....	131

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A política criminal no Brasil nas duas últimas décadas foi a do encarceramento em grande escala. Conforme o mais recente censo penitenciário, publicado em dezembro de 2012, há 548.003 presos, distribuídos entre delegacias, cadeias públicas e nas unidades do sistema penitenciário. Em 2000, por exemplo, a população carcerária era de 232.755 pessoas privadas da liberdade. Ressalte-se, em um primeiro momento, que este fenômeno se desenvolveu logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual foi responsável pela previsão de um catálogo de princípios e direitos fundamentais, como o postulado da liberdade e da presunção de inocência. Além disso, do ponto de vista econômico, neste período houve um controle mais efetivo da inflação, geração de empregos e redução do nível de desigualdades sociais.

Se o recrudescimento do contingente prisional já é um problema por si só, o número de prisões cautelares torna a situação muito mais dramática. É que, em 4 de maio de 2011, houve o advento da Lei 12.403, a qual reformulou todo o sistema processual penal referente às medidas cautelares pessoais. Em sintonia com a Constituição da República, a lei ressaltou que a regra é a liberdade e a prisão a exceção. Antes, o juiz tinha duas opções: a prisão ou a concessão da liberdade provisória. A partir da nova disciplina, ele pode decretar a prisão preventiva, conceder a liberdade provisória mediante a imposição de outras medidas cautelares, dentre as previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, e conceder a liberdade provisória incondicionada.

Em dezembro de 2010, 5 meses antes da lei, havia 496.251 presos, sendo 215.229 em situação de cautelaridade, o que representava 43,37%. Por sua vez, em dezembro de 2012, 19 meses posteriores à edição da lei, 229.326 eram presos provisórios, totalizando 41,84%. Portanto, houve uma redução de presos cautelares de apenas 1,53%. Nesta perspectiva, o trabalho possui dois objetivos: i) almeja-se analisar a recepção e a aplicabilidade do Código de Processo Penal de 1941, oriundo de um regime autoritário inaugurado com a Constituição de 1937, perante a ordem democrática de 1988; e ii) procura-se estabelecer as razões pelas quais as prisões cautelares no Brasil, mesmo após a promulgação da Lei 12.403/11, prosseguem com cifras tão elevadas.

Os métodos de pesquisa utilizados consistiram na leitura de livros e artigos científicos, assim como no exame de estatísticas apresentadas por instituições públicas e privadas. Foram explorados os estudos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen/Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Justiça e *International Centre for Prison*

Studies. Para a elaboração de um trabalho interdisciplinar, além da literatura jurídica propriamente dita, utilizou-se como fonte obras de cunho histórico, sociológico e de ciência política. Como subsídio aos argumentos de ordem doutrinária, a pesquisa abordou a legislação infraconstitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O enfoque dispensado aos temas partiu de uma interpretação marxista, pois acredita-se ser a ferramenta teórica mais apropriada a explicar racionalmente os desafios e complexidades dos problemas sociais, especificamente no que se refere à criminalidade e à repressão penal estatal.

Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em 5 partes. No capítulo I estabeleceu-se as relações entre o sistema jurídico e as desigualdades entre as classes da sociedade, ou seja, os intercâmbios entre o direito, a política e o modo de produção capitalista. Em seguida, enfrentou-se a questão do inimigo político-jurídico, nomenclatura que surgiu no direito romano e que, principalmente a partir dos atentados aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, funciona como o substrato do direito penal do inimigo.

Realizadas estas explanações, a pesquisa passou a analisar a conjuntura brasileira. Assim, os capítulos III e IV traçam o perfil do processo penal na Colônia, no Império e na República. No que tange aos séculos XVI a XIX, frisou-se o vínculo estreito entre o arcabouço jurídico extremamente repressor e a escravidão. Em relação ao século XX e XXI, procurou-se demonstrar a conexão do direito penal/processual penal com a transição do trabalho escravo para o livre. Por fim, no capítulo V discorreu-se sobre as modalidades de prisão e as medidas cautelares pessoais no direito processual penal. A ênfase consistiu nas características e no uso indiscriminado da prisão cautelar.

A título de considerações finais, a pesquisa apontou três aspectos do problema que envolve as prisões provisórias no Brasil: i) desigualdades sociais; ii) seletividade; e iii) cultura jurídica autoritária. Em um primeiro momento, as desigualdades sociais, engrenagem do capitalismo, provoca a interdição de direitos para várias pessoas. Na seara penal, esfera cuja característica se apresenta com muita evidência, os marginalizados são os pobres e negros.

Em virtude desta distorção no acesso aos direitos, o sistema de justiça criminal opera mediante a seletividade. Há setores da sociedade que são considerados sempre suspeitos e perigosos e, em face deste preconceito, sofrem com mais assiduidade as intervenções, não raras vezes violentas, dos órgãos de controle e repressão do Estado: moradores dos subúrbios, usuários de vestimentas mais simples e pessoas de cor negra ou parda. Além disso, há uma cultura jurídica autoritária que se notabiliza pela reprodução do *status quo*. Nesta perspectiva,

há uma tendência dos magistrados em aplicar a lei penal incriminadora em relação às camadas sociais economicamente mais vulneráveis em detrimento das classes que possuem um poder aquisitivo mais elevado, como os empresários e os ocupantes de cargos políticos eletivos.

1 O SISTEMA JURÍDICO E AS DESIGUALDADES SOCIAIS

1.1 O direito e a luta de classes¹

Na história social do crime e do direito, a “Lei 9 Jorge I c. 22”, mais conhecida como Lei Negra, é uma referência. Aprovada pelo parlamento inglês em maio de 1723, ela criminalizou mais de cinquenta condutas com a pena de morte, entre as quais caçar veados, derrubar árvores ou cultivar a agricultura de subsistência nas terras da Coroa e dos latifundiários, localizadas, em regra, nas cercanias de Londres (*Windsor e Hampshire*).² Além disso, a lei chancelou a possibilidade do preso ser julgado e processado em qualquer condado da Inglaterra, sendo um irrelevante processual o local de cometimento do suposto delito.

Na Floresta de *Windsor* e adjacências, alguns proprietários, em respeito à tradição, permitiam que moradores extraíssem lenha, peixes e outros gêneros alimentícios. Por outro lado, tal costume não inibia a ação de caçadores clandestinos e a ira dos demais senhores de terras. À época, “el estado británico existía – todos los legisladores del siglo XVIII estaban de

¹ A história de todas as sociedades até hoje existentes é a história da luta de classes. [...]. A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classe. Não fez mais do que estabelecer novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta em lugar das que existiam no passado. (MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. In: COGGIOLA, Osvaldo. (Org. e introd.). *Manifesto comunista*. Tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 40). A expressão luta de classes foi empregada em acepção ampla; isto é: não se circunscreve apenas ao conflito entre as classes da sociedade capitalista, cujo momento histórico se notabiliza a partir da Revolução Industrial. Ressalte-se que “Marx e Engels indicaram – e sua posição passou a ser o ponto de vista marxista mais generalizado – que é na sociedade capitalista que as classes fundamentais se diferenciam mais claramente, que a consciência de classe se desenvolve de maneira mais completa e que as lutas de classes são mais agudas. Nesse sentido, a sociedade capitalista constitui, sob esses aspectos, um ponto culminante na evolução histórica das formas de sociedade dividida em classes. Nessa perspectiva, as lutas de classes modernas têm importância fundamental na teoria marxista, porque seu resultado final é concebido como uma transição para o socialismo, isto é, para uma sociedade sem classes. É compreensível, portanto, que a pesquisa e o debate marxistas posteriores se tenham concentrado, em grande medida, no desenvolvimento da luta de classes nos tempos modernos, desde a emergência do movimento operário do século XIX até os dias de hoje.” (BOTTOMORE, Tom et. al. Luta de classes. In: BOTTOMORE, Tom. (Ed.). Luta de classes. *Dicionário do pensamento marxista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2012, p. 329).

² Algunos delitos, como la apropiación violenta de la propiedad ajena, lejos de ser episódicos, son parte integrante de la acumulación originaria del capitalismo y de la edificación de su estructura de poder, la cual incluye los sistemas legales que legitiman las conquistas logradas por los padres fundadores del sistema. [...]. En los Estados Unidos, la violencia delinencial estuvo también presente en muchos aspectos del desarrollo capitalista, comenzando con la expulsión o massacre de los habitantes originarios de sus tierras y la apropiación de tierras que originalmente pertenecían a México. Muchas de las grandes fortunas estadounidenses se acumularon a lo largo del siglo XIX mediante procedimientos como la apropiación violenta de tierras, la especulación fraudulenta y el recurso del matonismo. Sus protagonistas, que portan apellidos ahora “ilustres”, como los Morgan, Vanderbilt, Carnegie, Armour o Rockefeller, pasaron a la historia con la denominación de “robber barons”, magnates ladrones. (SEVARES, Julio. *El capitalismo criminal: gobiernos, bancos y empresas en las redes del delito global*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2003, p. 135-137. (Colección biografías y documentos).

acuerdo en eso – para proteger la propiedad y, eventualmente, las vidas y libertades de los propietarios.”³

É fato que a defesa da propriedade era objeto de sanção penal. O ineditismo da lei consiste exatamente em penalizar a transgressão com a pena capital em um período no qual o seu recurso encontrava-se em declínio. Esta fase reflete a transição da sociedade camponesa-medieval para a sociedade burguesa-industrial. O trabalhador “fora da lei”, forjado pelo sistema de produção, passa a fazer parte das estatísticas do banditismo social, da vagabundagem e da delinquência. O êxodo rural e as revoltas camponesas intensificam a luta de classes nas cidades. Neste sentido, leciona Dario Melossi:

A tendência histórica que não muda – ao contrário, é consolidada e afirmada nesse período – é a substituição das velhas penas corporais e de morte pela detenção. Uma detenção, todavia, cada vez mais inútil e dolorosa para os internos. [...]. A raiz dessa progressiva decadência deve ser buscada nas grandes transformações ocorridas na segunda metade do século XVIII. Uma excepcional aceleração do ritmo do desenvolvimento econômico, o fenômeno da Revolução Industrial, rompe com todos os tradicionais equilíbrios sociais precedentes. Uma repentina inclinação da curva do crescimento demográfico, juntamente com a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica propriamente dito, servem para assinalar contemporaneamente a idade de ouro do jovem capitalismo, acompanhado pelo período mais escuro da história do proletariado. A incrível aceleração da penetração do capital no campo e, concomitantemente, a expulsão da classe camponesa, em especial através dos *bills for inclosures of commons, as leis para os cercamentos das terras comunais*, contribui para levar ao mercado de trabalho uma oferta de mão-de-obra sem precedentes. [...]. Os fenômenos do urbanismo, do pauperismo e da “criminalidade” crescem numa intensidade até então desconhecida. A “silenciosa coação das relações sociais” substitui a violência do regulamento. Ingressa-se na era do liberalismo, quando o capital, agora capaz de caminhar sobre suas próprias pernas, proclama-se orgulhosamente seguro de si mesmo e, auto-suficiente, zomba do sistema de privilégios, desigual e autoritário, que nos séculos anteriores o havia alimentado. É um lapso que dura pouco. Logo a “violência imediata, extra-econômica” deverá ser invocada contra as primeiras tentativas de organização do proletariado – grifo nosso.⁴

O contexto político e social tornou-se mais complexo com a ascensão ao poder da oligarquia *Whig*, composta por grandes proprietários e ocupantes dos cargos políticos que exerciam influência direta na administração pública. Os *Negros de Windsor*, formados, em grande medida, por trabalhadores do campo, resistiram armados à expropriação privada das terras consideradas comuns e à alienação de alguns parques da floresta. Além do extenso rol de fatos puníveis com a pena de morte, as sucessivas interpretações da lei ampliaram ainda mais a sua esfera de abrangência. Conforme a síntese de Edward Palmer Thompson:

³ THOMPSON, Edward Palmer. *Los orígenes de la ley negra: um episodio de la historia criminal inglesa*. Traducción de Teresa Beatriz Arijón. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 23.

⁴ A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 64. (Coleção pensamento criminológico, 11).

La tala de árboles jóvenes y la mutilación de ganado parecen ser infracciones nuevas; presuntamente podrían haber sido juzgadas bajo otros ítems de daño malicioso, pero ciertamente no (antes de 1723) como crímenes. La extorsión o el chantaje ya eran faltas graves para el derecho común, y eran castigados con multas y cárcel; la Ley Negra fue la primera en introducir la pena de muerte. Y así sucesivamente. Tanto por su severidade como el carácter laxo e indiscriminado de su redacción, la ley no tenía precedentes. Aportaba un versátil arsenal de muerte apto para la represión de muchas formas de descontento social. No fue necesaria, ni especialmente eficaz, para resolver la “emergencia” particular que le sirvió como pretexto.⁵

Na luta contra a opressão e a tirania do poder político e econômico, os negros utilizaram como método de camuflagem a fuligem nos rostos. Nesta conjuntura de distúrbios sociais combatidos mediante repressão, o advento da Lei Negra representou “um exemplo perfeito para demonstrar a forma como a burguesia, progressivamente, configurou o poder punitivo para consolidar e proteger aquilo que lhe é mais caro: o direito à propriedade.”⁶ Para Tyrone Cândia:

A Lei Negra fundou um conflito com consequências profundas entre os florestanos ingleses e os grandes proprietários de terras ao tornar crime práticas econômicas que representavam mesmo a sobrevivência de famílias inteiras que dependiam dos produtos das florestas. Por seu lado, a *gentry* inglesa passava, com a Lei, a declarar guerra contra todo e qualquer indivíduo que não se adequasse ao novo padrão de propriedade privada que surgia no século 18 na Inglaterra, padrão que se relacionava diretamente aos interesses burgueses de uma aristocracia comercial e agrária ávida por reprimir os costumes pré-capitalistas que interpunham obstáculos ao seu enriquecimento.⁷

A Lei Negra não foi um fato isolado na Europa. Traduziu, de forma inapelável, a relação intrínseca entre a economia, a política e o direito. Expressou, no plano normativo, as tensões e contradições que caracterizavam a existência das classes sociais da sociedade pré-capitalista. Em suma: uma manifestação de poder. O poder “central”, estatal, difusor das regras, é secundário; ele é resultado da interseção de regiões de poder: empresas, escolas, família, polícia, partidos políticos, forças armadas, bancos⁸, imprensa, igrejas, sindicatos etc. Consoante pondera Michel Foucault:

⁵ Ibidem, p. 207.

⁶ CARPENTIERI, José Rafael. *História crítica do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 37.

⁷ Fazendo justiça - E. P. Thompson, o crime e o direito. *Mneme – Revista de Humanidades*, Rio Grande do Norte, v. 2, n. 4, jun./jul. 2001, p. 63.

⁸ O Bradesco (BBDC4), segundo maior banco privado brasileiro, anunciou nesta quinta-feira (30) que fechou o ano de 2013 com lucro líquido de R\$ 12,011 bilhões. O valor é 5,5% maior que o registrado em 2012 (R\$ 11,381 bilhões), e bate novo recorde. (LUCRO do Bradesco sobe 5,5% em 2013 e bate recorde, com R\$ 12 bilhões. *Uol*, São Paulo, 02 fev. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/01/30/lucro-do-bradesco.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2014). O Itaú Unibanco (ITUB3, ITUB4), maior banco privado da América Latina, registrou lucro líquido de R\$ 15,695 bilhões em 2013. O resultado representa uma alta de 15,5% em relação ao obtido em 2012 (R\$ 13,594 bilhões). (LUCRO do Itaú em 2013 atinge R\$ 15,7 bi e é o maior da história dos bancos. *Uol*, São Paulo, 03 fev. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/04/lucro-do-itaú-em-2013-atinge-r-157-bi-e-e-o-maior-da-historia-dos-bancos.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2014). O lucro de R\$ 7,055 bilhões do Itaú Unibanco no primeiro

A sociedade é um arquipélago de poderes diferentes. Em segundo lugar, parece que esses poderes não podem e não devem ser compreendidos simplesmente como a derivação, a consequência de uma espécie de poder central que seria primordial. O esquema dos juristas, seja o de Grotius, de Pufendorf ou de Rousseau, consiste em dizer: “No começo, não havia sociedade. Depois, a sociedade apareceu a partir do momento em que apareceu um ponto central de soberania que organizou o corpo social e permitiu, em seguida, toda uma série de poderes locais e regionais”. Marx, implicitamente, não reconhece esse esquema. Ele mostra, ao contrário, como, a partir da existência inicial e primitiva dessas pequenas regiões de poder – como a propriedade, a escravidão, o ateliê e também o exército –, puderam se formar, pouco a pouco, grandes aparelhos de Estado. A unidade estatal é, no fundo, secundária em relação a esses poderes regionais e específicos, os quais vêm em primeiro lugar.⁹

Estes elementos compõem os aparelhos de Estado, os quais se caracterizam como o núcleo de formação e propagação das normas de regulação social, como focos de produção e reprodução das decisões da cúpula do poder. O Estado, concebido como criatura mitológica pelos donos do poder, é geralmente apresentado como entidade acima dos indivíduos e da sociedade, além dos homens e das classes; imparcial, justo, legal, constitucional.

Sobre o vínculo entre o direito, a política e o Estado, Ivan Furmann advoga a ideia de que “o Estado aglutina as lutas de classe através de suas instituições. Em especial o direito e sua pretensa neutralidade. No sistema capitalista o direito funciona como um discurso ideológico de justificação do estado a partir das noções de igualdade e liberdade.”¹⁰ No mesmo contexto, Marilena de Souza Chauí leciona:

O Estado não é um poder distinto da sociedade, que a ordena e regula para um interesse geral definido por ele próprio enquanto poder separado e acima das particularidades dos interesses de classe. Ele é a preservação dos interesses particulares da classe que domina a sociedade. Ele exprime na esfera da política as relações de exploração que existem na esfera econômica. O Estado é uma comunidade ilusória. Isto não quer dizer que seja falso, mas sim que ele aparece como comunidade porque é assim percebido pelos sujeitos sociais. Estes precisam dessa figura unificada e unificadora para conseguirem tolerar a existência das divisões sociais, escondendo que tais divisões permanecem através do Estado. O Estado é a expressão política da sociedade civil enquanto dividida em classes. Não é, como imaginava Hegel, a superação das contradições, mas a vitória de uma parte da sociedade sobre as outras. Como, porém, o Estado não poderia realizar sua função apaziguadora e reguladora da

semestre é maior do que toda a economia de 33 países. De acordo com um levantamento feito pelo UOL com dados do Banco Mundial, os ganhos do maior banco privado brasileiro apenas no primeiro semestre (cerca de US\$ 3,11 bi) são maiores do que o PIB (Produto Interno Bruto) de Aruba, Cabo Verde e Butão, por exemplo. Os 33 países mais pobres do mundo ficam principalmente na África, Oceania, Ásia e América Central. (LUCRO do Itaú no 1º semestre é maior que a economia de 33 países. *Uol*, São Paulo, 03 fev. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/07/30/lucro-do-itaú-no-1- semestre-e-maior-que-o-pib-de-32-paises.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2014). Tais cifras traduzem, com nitidez, o grau de espoliação das classes sociais mais vulneráveis, as quais, muitas vezes, precisam celebrar contratos de empréstimo com a inserção de juros escorchantes. Ressalte-se que, no Brasil, apesar da inexistência de lei expressa autorizadora de livre parada, é comum o estacionamento dos veículos de transporte de valores em quaisquer locais, sem a insurgência de agentes de trânsito. Esta desídia do Estado somente confirma o raciocínio da preponderância da valorização e da liberdade de circulação do capital.

⁹ As malhas do poder. In: MOTTA, Manoel Barros. (Org.). *Segurança, penalidade, prisão*. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 173. (Coleção ditos & escritos: VIII).

¹⁰ Marxismo e a crítica do direito penal. *Ciência jurídica*, Ribeirão das Neves – Minas Gerais, a. XXVI, n. 164, mar./abr. 2012, p. 232.

sociedade (em benefício de uma classe) se aparecesse como realização de interesses particulares, ele precisa aparecer como uma forma muito especial de dominação: uma dominação impessoal e anônima, a dominação exercida através de um mecanismo impessoal que são as leis ou o Direito Civil. Graças às leis, o Estado aparece como um poder que não pertence a ninguém.¹¹

A ordem jurídica funciona como uma das principais expressões reais de poder. O poder não se concentra somente na figura onipotente do Estado, uma vez que os interesses econômicos são assegurados por formas variadas e articuladas de poder. Antonio Carlos Wolkmer salienta que “o Direito tem representado, historicamente, a ideologia da conservação do *status quo* e da manutenção de um poder institucionalizado.”¹²

Sua finalidade precípua consiste em manter a coerção, a violência e as desigualdades da sociedade; os privilégios de certos setores da sociedade precisam da conjugação dessa tríade. Por isso, oportuna a observação de Alvino Augusto de Sá: “O grande instrumento do estado, para a criação e manutenção dessa ideologia, é o direito, graças ao qual ele aparece como “Estado de Direito”. O Estado existe em função da propriedade privada.”¹³ Foucault, refletindo sobre a formação do Estado, sentencia:

O crescimento do Estado na Europa foi parcialmente garantido ou, pelo menos, utilizou como instrumento o desenvolvimento de um pensamento jurídico. O poder monárquico, o poder do Estado são essencialmente representados no direito. Ora, ocorre que a burguesia, que, a um só tempo, se beneficiava amplamente do desenvolvimento do poder real e da diminuição da regressão dos sistemas feudais, tinha todo interesse em desenvolver esse sistema de direito que lhe permitiria, por outro lado, *dar forma às trocas econômicas que garantiam seu próprio desenvolvimento social*. De sorte que o vocabulário, a forma do direito foi o sistema de representação do poder comum à burguesia e à monarquia – grifo nosso.¹⁴

¹¹ *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 70. (Coleção primeiros passos, 13). Em obra sobre o papel da lei na construção da hegemonia na Inglaterra, Edward Palmer Thompson pondera: “Nessas condições, a dominação da *gentry* repousa em parte na encenação da hegemonia cultural. Ela é sublinhada pelo estilo teatral que seus membros dão ao exercício de suas funções oficiais: perucas, bengalas, vestidos, postura, gestualidade e movimentos. Há um estilo retórico muito estudado, particularmente afirmado no ritual da Justiça e das cortes de Justiça. Se a teologia está no centro da ideologia do século XVII, no século XVIII não há nenhuma dúvida de que esse lugar é ocupado pelo direito. [...]. As instituições jurídicas e a lei exercem um papel essencial. A classe dominante encontrava uma legitimação, exercendo um poder “constitucional” e dominando por intermédio de um processo verdadeiramente legal; as classes dominadas afirmavam a imagem de si mesmas como ingleses nascidos livres, com direito igual perante a lei (o que não é a mesma coisa que o estatuto de cidadão). A dialética repressão-protesto-concessão move-se no interior dessa retórica e dessas formas. A lei não é um simples instrumento de dominação, mas também uma ideologia, a qual legitima a dominação da *gentry*. A hegemonia da *gentry* e da aristocracia no século XVIII não se exprimia, primordialmente, pela força militar nem pelas mistificações de um clero ou da imprensa, mas no ritual das cortes de Justiça.” (Modos de dominação e Revolução na Inglaterra. In: NEGRO, Antonio Luigi; SILVA, Sergio. (Orgs.). *As peculiaridades dos ingleses e outros artigos/Edward Palmer Thompson*. Tradução de Fernando Teixeira da Silva. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2012, p. 224-225).

¹² *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 201.

¹³ Criminologia clínica, ideologia do inimigo e controle punitivo no sistema carcerário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, v. 924, out. 2012, p. 311.

¹⁴ *Ibidem*, p. 171.

Batizadas de gerais, abstratas e axiologicamente neutras, as leis e a maioria das decisões jurídicas nelas baseadas subsidiam as diretrizes determinadas para a organização social. Na sociedade do capital, do trabalho assalariado e da criminalização da pobreza, o Direito “é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social.”¹⁵ Neste sentido, a advertência de Herbert Hart:

Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha.¹⁶

Nas ciências penais e processuais penais, ramos nos quais o Estado detém o monopólio legítimo da força, como sustenta a doutrina weberiana, as mutações legislativas se consomem não em virtude de razões puramente científicas, como progresso das teorias, mas, sobretudo, em face da movimentação dos fatores reais de poder; isto é: da dinâmica de forças que impulsionam a economia e a política. De acordo com o exame de Antônio Alberto Machado, “em contextos sociopolíticos mais autoritários o processo penal será sempre mais repressivo; em contextos politicamente mais distendidos o processo penal será igualmente mais liberal, ou menos violento e repressor.”¹⁷ Por trás da mão invisível do mercado escondem-se punhos de ferro.

Observe-se, entretanto, que a economia não é a reitora única do mercado, do Estado, da sociedade. O sistema não opera de forma simples, como se os demais fatores fossem redutíveis ao espectro econômico. Pelo contrário, o grau de complexidade das articulações do poder é uma das principais ferramentas do capitalismo para a sua readaptação e, por conseguinte, manutenção. Além disso, trata-se de mecanismo que se encontra em constantes patamares de acomodação periférica; ou seja: apesar das crises que o abalam periodicamente, o seu eixo permanece sem rupturas abruptas. Engels, em carta a H. Starkenburg, em 1894, pondera que “o desenvolvimento político, jurídico, filosófico, religioso, literário, artístico etc, toca o

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ibidem*, p. 154.

¹⁶ No doubt the courts so frame their judgments as to give the impression that their decisions are the necessary consequence of predetermined rules whose meaning is fixed and clear. In very simple cases this may be so; but in the vast majority of cases that trouble the courts, neither statutes nor precedents in which the rules are allegedly contained allow of only one result. In most important cases there is always a choice. (*The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 12).

¹⁷ *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

econômico. E todos eles reagem no nível econômico e uns sobre os outros.”¹⁸ A propósito, enaltece Edward Palmer Thompson:

É preciso levar a sério a autonomia dos acontecimentos políticos ou culturais que são, todavia, em última análise, condicionados pelos acontecimentos “econômicos”. Uma história ou uma sociologia que reduza incessantemente os fatos da superestrutura à sua base é falsa ou banal. [...]. Os antropólogos e os sociólogos demonstraram amplamente a imbricação inextricável das relações econômicas e das relações não econômicas na maior parte das sociedades e a maneira pela qual interferem as gratificações econômicas e culturais. Nessas *démarches* da análise histórica ou sociológica (ou política), é essencial manter presente no espírito o fato de os fenômenos sociais e culturais não estarem “a reboque”, seguindo os fenômenos econômicos a distância: eles estão, em seu surgimento, presos na mesma rede de relações.¹⁹

Ressalte-se que, apesar dos vínculos entre a economia, o direito e a política, não é prudente a afirmação no sentido de que o sistema jurídico funciona como mero apêndice das estruturas econômicas e políticas propriamente ditas; ele não se caracteriza como um simples instrumento ideológico de sujeição de classes. O direito encontra-se completamente inserido em um vultoso complexo de reprodução das contradições e tensões sociais; ele é um produto por excelência do sistema capitalista. “O direito procede diretamente de relações estruturais da sociedade capitalista; não é um sistema particular que dialoga com o sistema econômico, mas, antes, um fenômeno imbricado estruturalmente em outro.”²⁰ Conforme a análise de Alysson Leandro Mascaro:

Há um nexos íntimo entre forma política e forma jurídica, mas não porque ambas sejam iguais ou equivalentes, e sim porque remanescem da mesma fonte. Além disso, apóiam-se mutuamente, conformando-se. Pelo mesmo processo de derivação, a partir das formas sociais mercantis capitalistas, originam-se a forma jurídica e a forma política estatal. Ambas remontam a uma mesma e própria lógica de reprodução econômica, capitalista. Ao mesmo tempo, são pilares estruturais desse todo social que atua em mútua implicação. As formas política e jurídica não são dois monumentos que agem separadamente. Elas se implicam. Na especificidade de cada qual, constituem, ao mesmo tempo, termos conjuntos.²¹

Estes elos não se formam como se fossem vasos comunicantes; embora cada um possua suas peculiaridades formais, suas essências se apresentam como peças indissociáveis da oposição de classes própria da sociedade burguesa. Contudo, com o escopo da exposição sob o invólucro da independência entre a economia, a política e o direito, as estruturas sociais subjacentes a cada um destes setores são concebidas como segmentos prescindíveis. De acordo

¹⁸ apud LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e realismo: desafio constante de realização das utopias. In: TORRES, Heleno Taveira. (Org.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos* - Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 137.

¹⁹ Modos de dominação e revolução na Inglaterra. In: NEGRO, Antonio Luigi; SILVA, Sergio. (Orgs.). *As peculiaridades...*, opus citatum. Tradução de Fernando Teixeira da Silva. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2012, p. 207-208.

²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 133.

²¹ *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 39.

com o parecer de Joachim Hirsch, “a ‘economia’ não está pressuposta à ‘política’, e o contrário também é válido. A separação das duas esferas, típica da sociedade capitalista, é uma expressão de sua ligação específica.”²² Na mesma ótica, Ellen Meiksins Wood observa:

A economia do capitalismo invadiu e estreitou o domínio extra-econômico (*sic*). O capital assumiu o controle privado sobre questões que já pertenceram ao domínio público, ao mesmo tempo em que transferia para o Estado várias responsabilidades sociais e políticas. Mesmo as áreas da vida social que estão fora das esferas de produção e apropriação, e fora do alcance imediato do controle capitalista, são sujeitas aos imperativos do mercado e à transformação dos bens extra-econômicos (*sic*). Praticamente não existe aspecto da vida na sociedade capitalista que não seja profundamente determinado pela lógica do mercado.²³

É fato que um número expressivo de glosadores da teoria marxista, na interpretação do materialismo histórico-dialético, procura dissecar as estruturas sociais a partir dos liames entre a economia e o direito. A construção teórica de Karl Marx supera a síntese de que o direito é, simplesmente, resultado das acomodações dos blocos do poder; em regra, esta reflexão possui como premissa uma produção social estéril, sem consequências. A propósito, “estão todos de acordo, os juristas inclusive, em que o direito é um produto da sociedade. *Ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade também há direito), é uma dessas máximas que florescem em todos os manuais.”²⁴

Com efeito, apesar de Marx não ter desenvolvido uma teoria do direito propriamente dita, ele inovou ao abordar o direito no contexto de uma teoria dinâmica da produção da vida social.²⁵ Para explicar sua tese ele “não buscava a essência do capitalismo num espírito de empresa nem no uso da moeda para financiar uma série de trocas com objetivo de ganho, mas em determinado modo de produção.”²⁶ Isto é: concluir que o direito está sempre associado à existência da sociedade significa permanecer na vulgata do senso comum; para transpor a inércia, “uma reflexão científica tem de ir mais longe e dizer-nos que tipo de direito produz tal

²² *Teoria materialista do Estado*: processos de transformação do sistema capitalista de Estado. Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 68.

²³ *Democracia contra capitalismo*: a renovação do materialismo histórico. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, p. 239.

²⁴ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 68.

²⁵ Neste sentido, oportuna a pronúncia de Karel Kosik: “O mundo real, oculto pela pseudoconcreticidade, apesar de nela se manifestar, não é o mundo das condições reais em oposição às condições irreais, tampouco o mundo da transcendência em oposição à ilusão subjetiva; é o mundo da *praxis* humana. É a compreensão da realidade humano-social como unidade de produção e produto, de sujeito e objeto, de gênese e estrutura. O mundo real não é, portanto, um mundo de objetos “reais” fixados, que sob o seu aspecto fetichizado levem uma existência transcendente como uma variante naturalisticamente entendida das idéias platônicas; ao invés, é um mundo em que as coisas, as relações e os significados são considerados como *produtos* do homem social, e o próprio homem se revela como sujeito real do mundo social.” (*Dialética do concreto*. Tradução de Célia Neves e Alderico Toríbio. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 23).

²⁶ DOBB, Maurice Herbert. *A evolução do capitalismo*. Tradução de Manuel do Rêgo Braga. Revisão de Antonio Moreno Guimarães Filho e Sérgio Goes de Paula. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 7.

tipo de sociedade e porque é que esse direito corresponde a essa sociedade.”²⁷ É a sentença de Michel Mialle:

As relações jurídicas, portanto, o sistema das regras de direito, não podem explicar-se nem por si mesmas nem por apelo ao espírito. Esta afirmação é a condição *sine qua non* que nos permite escapar ao positivismo (o direito é o direito) e ao idealismo (o direito é a expressão da justiça). A única via fecunda que permite explicar realmente o direito consiste pois em procurar noutro lado as razões da existência e do desenvolvimento do direito. Este outro lado, contrariamente ao que uma leitura superficial poderia fazer crer, não é por certo a economia: é a existência de um modo de produção, o que, veremos, é uma coisa completamente diferente. O modo de produção permite com efeito compreender ao mesmo tempo a organização social no seu conjunto e um dos seus elementos, o sistema jurídico.²⁸

Neste particular, a ordem jurídica se apresenta como uma das principais ferramentas reais de poder. Para tanto, o ordenamento é constantemente moldado sob a ideia da plenitude e da coerência, no qual as antinomias que vicejam entre as normas são apenas aparentes. Os instrumentos para que o direito seja o mensageiro do interesse geral da sociedade são os dogmas da legalidade e da igualdade.

Em relação à proclamação do sufrágio universal, tão caro aos ideais liberais, Marx, referindo-se ao proletariado, elucida os planos da burguesia com a seguinte assertiva: “O que ele conquistou foi somente o terreno para travar a luta por sua emancipação revolucionária, mas de modo algum a própria emancipação.”²⁹ Friedrich Engels, por sua vez, ressalta as vicissitudes e o progresso da luta de classes no direito de participação ao exercício do poder político:

A ironia da história mundial vira tudo de cabeça para baixo. Nós, os “revolucionários”, os “sublevadores”, medramos muito melhor sob os meios legais do que sob os ilegais e a sublevação. Os partidos da ordem, como eles próprios se chamam, decaem no estado legal criado por eles mesmos. Clamam desesperados, valendo-se das palavras de Odilon Barrot: *la légalité nous tue*, a legalidade nos mata, ao passo que, sob essa legalidade, ganhamos músculos rijos e faces rosadas e temos a aparência da própria vida eterna. E se nós não formos loucos a ponto de nos deixar levar para as ruas só para agradá-los, acabará não lhes restando outra saída senão violar pessoalmente essa legalidade que lhes é tão fatal.³⁰

O fato é que o direito do sistema capitalista é dicotômico: sua composição possui objetivos ocultos e declarados. Nesta perspectiva, os discursos jurídicos oficiais escamoteiam as desigualdades concretas e promovem o Estado a mártir do consenso, da parcimônia e da justiça. A legalidade, tão idolatrada pelos positivistas, muitas vezes somente acentua as distorções oriundas das contradições entre as classes sociais. A partir deste debate, Alysson

²⁷ MIAILLE, Michel. Opus citatum.

²⁸ Ibidem, p. 70.

²⁹ MARX, Karl Heinrich. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 44.

³⁰ Prefácio. In: MARX, Karl Heinrich. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 29. (Coleção Marx-Engels).

Leandro Mascaro anota: “A legalidade que exalta a igualdade entre todos é, ao mesmo tempo, a chanceladora da desigualdade real.”³¹ Dario Melossi, refletindo sobre as estratégias da burguesia para a consolidação do seu poder político, assinala:

O ímpeto revolucionário da burguesia do século XVIII acrescentará a esta práxis já existente a luta pelo princípio de legalidade e de taxatividade. Cabe observar que esses princípios – que não correspondiam nem derivavam da luta entre a burguesia e o proletariado, mas sim da luta da burguesia contra o Estado absoluto – se converterão, cada vez mais, numa arma nas mãos desse mesmo proletariado.³²

Nesta conjuntura, a análise do contexto político da Europa na primeira metade do século XIX é emblemática para a compreensão dos fatos históricos que o sucederam. O modelo liberal-conservador gerado pela Revolução se expandiu por todo o Ocidente, com efeitos nitidamente perceptíveis nas instituições políticas da América Latina e, em particular, no império que inaugurou, em 1822, o Estado brasileiro. A expectativa do sufrágio universal, estimulada pelo lema da igualdade meramente formal, sucumbiu perante a consumação de eleições censitárias, artifício utilizado para ratificar os direitos de uma burguesia em detrimento dos privilégios dos nobres.³³ A respeito, Alfredo Bosi salienta:

O período que vai da Restauração às vésperas de 1848 está literalmente dominado pelo propósito de “terminar a revolução”, frase que vem do Diretório e constitui um dos lemas do imperador. Há um propósito comum: fechar o ciclo de surpresas e comoções intestinas, mas – e este é o motivo da perplexidade – sem jamais regressar à sociedade de ordens do Antigo Regime, como vãmente almejavam os *ultras*, isto é, a direita legitimista. Em outros termos, o desígnio confesso dos liberais conservadores, dentre os quais Guizot terá sido o mais coerente, foi construir um governo que se apartasse dos privilégios aristocráticos (como, por exemplo, a hereditariedade dos pares) sem, porém, ceder à “força do número”, ou seja, ao princípio da soberania popular, alma do jacobinismo e perigo a ser para sempre esconjurado. O resultado dessa procura de um difícil equilíbrio foi a montagem de uma *ideologia liberal-conservadora burguesa*, estruturalmente defensiva, que, pelo mecanismo da eleição censitária, legitimou a figura do *citoyen propriétaire*. A expressão, já esboçada ao longo dos anos revolucionários, foi consagrada pela Carta de 1814 e mantida em suas linhas mestras pela monarquia parlamentar de Luís Felipe (1830-48). Nesse documento não se aludia à condição dos 260 mil escravos que penavam nas colônias francesas; omissão significativa que foi escrupulosamente imitada pela Constituição brasileira outorgada por d. Pedro I em 1824.³⁴

Se, no início do século XIX, o princípio do sufrágio universal atuou como protagonista da Revolução, no final ele foi “posto no banco dos réus, culpado de escancarar os órgãos

³¹ *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15.

³² *Ibidem*, p. 90.

³³ Na maior parte dos Estados históricos, os direitos concedidos aos cidadãos são regulados de acordo com as posses dos referidos cidadãos, pelo que se evidencia ser o Estado um organismo para a proteção dos que possuem contra os que não possuem. Foi o que vimos em Atenas e em Roma, onde a classificação da população era estabelecida pelo montante dos bens. O mesmo acontece no Estado feudal da Idade Média, onde o poder político era distribuído conforme a importância da propriedade territorial. E é o que podemos ver no censo eleitoral dos modernos Estados representativos. (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 3. ed. Tradução de Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 216).

³⁴ *Ideologia e contraideologia: temas e variações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 63.

representativos às camadas miseráveis e carentes de cultura, enterrando o ‘governo dos melhores’ e estabelecendo o domínio da plebe ignorante.”³⁵ As constituições liberais, entretanto, homologaram o requisito da propriedade para o exercício da cidadania: quem não dispusesse de renda suficiente não participaria formalmente do poder político. França e Inglaterra somente reconheceram o direito ao voto do trabalhador, com exceção das mulheres, nas décadas de 1870 e 1880, respectivamente; quase cem anos após a queda da Bastilha.

1.2 As penas e o sistema de produção econômica

O poder punitivo é um fato político e não jurídico. O sistema capitalista, em um exercício de conveniência, por intermédio da ideia do Estado de Direito, patrocina a tese inversa. “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção.”³⁶ A história do direito penal resume-se à evolução dos modos de produção econômica e, por conseguinte, aos mecanismos de concretização da hegemonia das classes sociais que possuem acesso privilegiado ao poder.³⁷ No direito, em geral, e no direito criminal, em particular, não há margens para acasos.

O direito penal, com mais propriedade, serve ao Estado como rigoroso instrumento contra as violações aos bens jurídicos selecionados para a preservação do *status quo*.³⁸ Conforme leciona Alessandro Baratta, “quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é

³⁵ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 159-160. (Pensamento crítico; v. 2).

³⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2004, p. 20. (Coleção pensamento criminológico, 3).

³⁷ As contradições de classes na formação social vinculam o controle do crime às relações de produção na estrutura econômica, determinando a ligação da criminologia com a economia, e de ambas com a política, evitando a distorção positivista que separa a estrutura econômica das superestruturas jurídicas e políticas do Estado, mistificando o conjunto das relações sociais. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 125).

³⁸ Através do código da fábrica, o capital formula, legislando particular e arbitrariamente, sua autocracia sobre os trabalhadores, pondo de lado a divisão dos poderes tão proclamada pela burguesia e o mais proclamado ainda regime representativo. O código é apenas a deformação capitalista da regulamentação social do processo de trabalho, que se torna necessária com a cooperação em grande escala e com a aplicação de instrumental comum de trabalho, notadamente a maquinaria. *O látigo do feitor de escravos se transforma no regulamento penal do supervisor. Todas as penalidades se reduzem naturalmente a multas e a descontos salariais, e a sagacidade legislativa desses Licurgos de fábrica torna a transgressão de suas leis, sempre que possível, mais rendosa que a observância delas* – grifo nosso. (MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 484. livro I. v. I).

realizado através do aparato penal do direito burguês.”³⁹ Todas as deliberações referentes ao catálogo de penas, desde a era mercantilista, pelo menos, possuem como cenário a disciplina do trabalho sob a perspectiva do modo de produção econômica. Neste sentido, contundente a crítica de Juarez Cirino dos Santos:

O conceito de *modo de produção* desenvolvido pelo pensamento marxista, formado pela articulação de *forças produtivas* em determinadas *relações de produção* da vida material, permite identificar os objetivos reais do Direito, em geral – cuja existência é encoberta pelos *objetivos declarados* do discurso jurídico oficial –, que revelam o significado político do Direito Penal como instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas – esclarecendo, complementarmente, a formação econômica das classes sociais nas relações de produção e a luta política dessas classes sociais no terreno das ideologias – por exemplo, nos sistemas jurídico-políticos de controle social.⁴⁰

Na Inglaterra, séculos XV e XVI, sob a égide do mercantilismo, a grande maioria dos crimes era punível com a pena de morte.⁴¹ O instituto da fiança, as deportações e os castigos corporais⁴² constituíam as exceções. Em relação às punições físicas, elas seguiam uma liturgia, com dois objetivos definidos. Em primeiro lugar, deveria deixar remanescente no corpo do condenado os sinais de sua transgressão contra a autoridade. Além desta característica, os suplícios precisavam ser não apenas públicos, mas notórios. Assim sendo, com a expiação da culpa, por intermédio dos gritos e gemidos do ser que jaz ao solo, a “justiça” manifestava a sua força, a sua potência. “Esse cerimonial meticuloso é, de uma maneira muito explícita, não só judicial, mas militar. A justiça do rei mostra-se como uma justiça armada. O gládio que pune o culpado é também o que destrói os inimigos.”⁴³

³⁹ *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2002, p. 206-207. (Coleção pensamento criminológico, 1).

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 8.

⁴¹ No todo, o sistema era substantivamente uma expressão de sadismo, e o efeito dissuasivo do ato público era negligenciável. Esta a razão por que a imaginação mais mórbida de hoje tem dificuldade em descrever a variedade de torturas infligidas. Lemos acerca de execuções por faca, machado e espada, cabeças sendo golpeadas com toras ou cortadas com arado, pessoas sendo queimadas vivas, deixadas a morrer de fome em porões, ou tendo espinhos cravados em suas cabeças, olhos, ombros e joelhos, estrangulamentos e asfixiamentos, sangramentos e desvisceramentos até a morte, estiramentos do corpo até o esquartejamento, tortura sobre a roda, tortura com pinças incandescentes, descolamento da pele, corpos serrados em pedaços ou atravessados com ferro ou instrumentos de madeira, queimaduras na estaca e muitas outras formas elaboradas de crueldade. *Não é de se estranhar que praticamente todos os crimes eram puníveis com a morte, e que a questão vital era a maneira pela qual a morte seria infligida* - grifo nosso. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Ibidem*, p. 40-41).

⁴² Espécie de pena corporal, reproduzida em texto literário: “- Nossa sentença não soa severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o rastelo. No corpo deste condenado, por exemplo – o oficial apontou para o homem –, será gravado: *Honra o teu superior!*” (KAFKA, Franz. *O veredicto e Na colônia penal*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 36).

⁴³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 43.

O ritual punitivo, palco da reafirmação do poder, era regulável conforme a pessoa do criminoso, a gravidade do delito e o nível social das vítimas. Ele oscilava entre um açoite ou uma marcação com ferrete e a morte. Esta, por sua vez, poderia ser incontinenti, como a decapitação, ou procrastinada, a exemplo do esquartejamento, roda, fogueira e enforcamento. Nos excessos dos suplícios se consagrava toda a economia política do poder. Para Michel Foucault:

A cerimônia punitiva é “aterrorizante”. [...] Na realidade, entretanto, o que até então sustentara essa prática dos suplícios não era a economia do exemplo, no sentido em que isso será entendido na época dos ideólogos (de que a representação da pena é mais importante do que o interesse pelo crime), mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano. O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder. No século XVII, e ainda no começo do XVIII, ele não era, com todo o seu teatro de terror, o resíduo ainda não extinto de uma outra época. Suas crueldades, sua ostentação, a violência corporal, o jogo desmesurado de forças, o cerimonial cuidadoso, enfim todo o seu aparato se engrenava no funcionamento político da penalidade. [...]. E, antes de mais nada, a importância de um ritual que devia exibir seu fausto em público. Nada devia ser escondido desse triunfo da lei. Os episódios eram tradicionalmente os mesmos e no entanto as sentenças não deixavam de enumerá-los, de tal modo eles eram importantes no mecanismo penal; desfiles, paradas nos cruzamentos, permanência à porta das igrejas, leitura pública da sentença, ajoelhar-se, declarações em voz alta de arrependimento pela ofensa feita a Deus e ao rei.⁴⁴

“Na região mais sombria do campo político, o condenado desenha a figura simétrica e invertida do rei.”⁴⁵ Enquanto o rei apresentava a figura da potestade, o corpo máximo, o condenado simbolizava o corpo mínimo, a fração perigosa da sociedade. Segundo o princípio medieval por excelência, “o rei não morre”. A partir desta concepção dualista, tornou-se possível o estabelecimento de um paralelismo entre o corpo do rei e o corpo do condenado. Em relação à majestade, além do elemento físico, transitório, há o metafísico, permanente; no rei estava o princípio e o fundamento do poder. “Numa sociedade como a do século XVII, o corpo do rei não era uma metáfora, mas uma realidade política.”⁴⁶ Por outro lado, no corpo do delinquente, em regra esqualido, estava a resolução do poder, o refugio do mal, a expressão mais sórdida do maniqueísmo penal da sociedade pré-capitalista. Conforme o raciocínio de Ernst Hartwig Kantorowitz:

⁴⁴ Opus citatum.

⁴⁵ MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: MACHADO, Roberto. (Org.). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995, p. 145. Em complemento, registra o autor: Não há um corpo na República. Em compensação, é o corpo da sociedade que se torna, no decorrer do século XIX, o novo princípio. É este corpo que será preciso proteger, de um modo quase médico: *em lugar dos rituais através dos quais se restaurava a integridade do corpo do monarca, serão aplicadas receitas terapêuticas como a eliminação dos doentes, o controle dos contagiosos, a exclusão dos delinquentes. A eliminação pelo suplício é, assim, substituída por métodos de assepsia: a criminologia, a eugenia, a exclusão dos ‘degenerados’...* - grifo nosso. (Opus citatum).

A omissão posterior dos nomes individuais certamente trouxe à proeminência a perpetuidade da *Dignitas* como tal, separada de seus personificadores; mas é impossível dizer se isso foi intencional ou não. O que importa aqui é que os brados “O rei está morto! Vida longa ao rei!” que – com ou sem menção de nomes próprios – demonstravam vigorosamente a perpetuidade da realeza, foram introduzidos na Inglaterra numa época em que, nas escolas de Direito da Corte, a máxima de que “o rei como Rei nunca morre” estava prestes a ser formulada. [...]. Uma idéia (*sic*) política geral recebia expressão mediante o cerimonial funerário em termos lapidares e em uma apresentação dramática. Apesar disso, os brados famosos não eram nem a primeira nem a única elocução da idéia (*sic*) de realeza imortal no quadro dos funerais reais.⁴⁷

A predileção pela pena capital não foi aleatória. É que não existia escassez de força de trabalho nas cidades. Com a abundância desta oferta, o custo da mão-de-obra foi reduzido: a quantidade de trabalhadores excedia a de postos de trabalho. A vida humana passou a ser economicamente quantificável e, portanto, prescindível. De acordo com a síntese de Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho:

Na história da administração penal, várias épocas podem ser destacadas, durante as quais sistemas de punição completamente diferentes foram vigentes. Indenização (*penance*) e fiança foram os métodos de punição preferidos na Alta Idade Média. Eles foram gradativamente substituídos durante a Baixa Idade Média por um duro sistema de punição corporal e capital que, por sua vez, abriu caminho para o aprisionamento com trabalhos forçados em torno do século XVII.⁴⁸

Nesta época, o desenvolvimento da atividade econômica, principalmente do comércio, e a expropriação de trabalhadores expulsos de suas terras, intensificaram o povoamento das zonas urbanas. Um número considerável dessas pessoas ficou sem ofício e, por consequência, converteu-se em mendigos; para o Estado absolutista, entretanto, vagabundos. As greves e as associações entre trabalhadores contra as reduções dos salários e as péssimas condições de trabalho passaram a ser criminalizadas sob o viés da austeridade. Além das espécies de condutas, as punições elencaram como critério a autoria dos delitos: mais brandas para os abastados; mais cruéis para os desvalidos. Conforme ressaltam Georg Rusche e Otto Kirchheimer:

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. *Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres.* [...]. A mais importante das codificações do século XVI, o *Peinliche Halsgerichtsordnung*, de Schwarzenberg, sancionava este processo. Apesar de sustentar um único sistema geral de punição capital e corporal, os seus artigos 158-175, de muita relevância prática, que lidavam com o furto, abriram as portas para a compreensão da situação social do delinquente (*sic*). [...]. Não há dúvida de que a prática atual baseou-se mais em concepções de classe do que em julgamento moral. A liberdade de escolha entre castigo corporal e fiança deve ter contribuído para este processo. A severidade dos regulamentos contra a vadiagem, que encontramos em todo o século XVI, revela

⁴⁷ KANTOROWITZ, Ernst Hartwig. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 249-250.

⁴⁸ *Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40-41.

claramente a interpretação mais difundida da idéia de honestidade. A par da diferenciação generalizada entre as classes, que tornava o acesso às fianças ou ao castigo corporal simplesmente dependente da capacidade do prisioneiro de pagar, havia em vários países privilégios advindos da ordem feudal, dividida em estados. *Certos castigos eram descartados para certos estados (clero e nobreza) e substituídos por outros, ou eram aplicados com modificações para membros dos estados superiores* - grifo nosso.⁴⁹

Na França e na Inglaterra, a partir de meados do século XVI, provocado principalmente pelas guerras religiosas, o crescimento demográfico ficou aquém do volume de empregos. Esta situação aumentou o poder de barganha das classes operárias, as quais poderiam exigir condições de trabalho favoráveis. Os trabalhadores tornaram-se escassos. Nesta perspectiva, “o início do desaparecimento da reserva de mão-de-obra representou um duro golpe para os proprietários dos meios de produção. [...]. Os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital.”⁵⁰ Para Perry Anderson:

As alterações nas *formas* de exploração feudal sobrevindas no final da época medieval estavam, naturalmente, longe de serem insignificantes. Na verdade, foram precisamente essas mudanças que modificaram as formas do Estado. Essencialmente, o absolutismo era apenas isto: *um aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado*, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional. [...]. A instituição do trabalho servil, como mecanismo de extração de excedente, fundia a exploração econômica e a coerção político-legal, no nível molecular da aldeia. [...]. Com a comutação generalizada das obrigações, transformadas em rendas monetárias, a unidade celular de opressão política e econômica do campesinato foi gravemente debilitada e ameaçada de dissociação (o final deste processo foi o “trabalho livre” e o “contrato salarial”). O poder de classe dos senhores feudais estava assim diretamente em risco com o desaparecimento gradual da servidão. O resultado disso foi um *deslocamento* da coerção político-legal no sentido ascendente, em direção a uma cúpula centralizada e militarizada – o Estado absolutista. Diluída no nível da aldeia, ela tornou-se concentrada no nível “nacional”. O resultado foi um aparelho reforçado de poder real, cuja função política permanente era a repressão das massas camponesas e plebéias na base da hierarquia social.⁵¹

Conforme a ponderação de Ellen Meiksins Wood, “o capital precisa do Estado para manter a ordem e garantir as condições de acumulação.”⁵² Como mecanismo de intervenção estatal, várias medidas rigorosas foram adotadas com o objetivo de restringir a liberdade individual. O crescimento da industrialização no período mercantilista reclamava uma reserva substancial de força de trabalho, mantida, em regra, a um baixo custo. Nos anais da literatura, Victor-Marie Hugo narra o declínio da pena de morte e o seu vínculo com a estrutura de classes e o modo de produção:

Em tempos de revolução, tenham cuidado com a primeira cabeça que cai. Ela abre o apetite do povo. Estávamos portanto pessoalmente de acordo com aqueles que desejavam poupar os quatro ministros, e de acordo de qualquer forma, tanto pelas

⁴⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Ibidem*, p. 34-35.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁵¹ *Linhas do Estado absolutista*. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 19.

⁵² *Ibidem*, p. 8.

razões sentimentais como pelas razões políticas. Entretanto, teríamos preferido que a Câmara escolhesse uma outra ocasião para propor a abolição da pena de morte. Se a tivessem proposto, essa desejável abolição, não por conta de quatro ministros despencados das Tuileries em Vincennes, mas por conta do primeiro salteador vindo, por conta de um desses miseráveis que os senhores mal olham quando cruzam com eles na rua, a quem não dirigem a palavra, cujo convívio empoeirado evitam instintivamente; um desses miseráveis, cuja infância maltrapilha correu descalça por ruas lamacentas, tremelicando no inverno à beira do cais, aquecendo-se no respiradouro das cozinhas de M. Véfour – em cujas mesas os senhores costumam jantar –, descobrindo aqui e lá um pedaço de pão num monte de lixo e esfregando-o antes de comer, vasculhando todos os dias o córrego para tentar encontrar uma moeda, não tendo outra diversão além do espetáculo gratuito da festa do rei e as execuções na Grève, esse outro espetáculo grátis; *pobres diabos que a fome leva ao furto, e o furto ao resto; crianças deserdadas de uma sociedade madrastra, que a casa de detenção pega aos doze anos, as galés aos dezoito e o cadafalso aos quarenta; desafortunados que com uma escola e uma oficina os senhores poderiam ter tornado bons, morais, úteis, e com os quais não sabem agora o que fazer, despejando-os, como um fardo inútil, ora no rubro formigueiro de Toulon, ora entre as mudas murallas de Clamart, subtraindo-lhes a vida depois de lhes ter roubado a liberdade; se os senhores tivessem proposto abolir a pena de morte por conta de um desses homens, ah!, então vossa sessão teria sido realmente digna, grandiosa, santa, majestosa, venerável. [...]. Sempre pertenceu aos verdadeiramente fortes e verdadeiramente grandes a preocupação com o fraco e o pequeno. Um conselho de brâmanes seria belo se chamasse para si a causa de um pária. E aqui a causa do pária é a causa do povo. Se abolissem a pena de morte tendo em vista o povo, e sem esperar que a questão lhes interessasse, os senhores fariam mais que uma obra política, fariam uma obra social. Ao passo que nem sequer fizeram uma obra política tentando aboli-la, não por abolir, mas para salvar quatro ministros infelizes pegos com a boca na botija dos golpes de Estado! - grifo nosso.⁵³*

É neste contexto que, na transição entre os séculos XVI e XVII, surgem, como modalidade de punição, as casas de trabalho, conhecidas também como casas de correção. “O trabalho era praticado na cela ou no grande pátio central, segundo a estação do ano. Tratava-se de uma aplicação do modelo produtivo então dominante: a *manufatura*.”⁵⁴ A instalação desta segregação punitiva almejou a reforma dos internos por intermédio da disciplina e do trabalho obrigatório.⁵⁵ À época, o trabalho era desenvolvido no ramo têxtil, em virtude de sua ascensão dentro do sistema capitalista; isto é: o trabalhador era impelido a aceitar qualquer trabalho, em quaisquer condições. No tocante ao trabalho forçado nas *houses of correction* ou *bridewells*, Georg Rusche e Otto Kirchheimer consignam:

Os métodos de punição começaram a sofrer uma mudança gradual e profunda em fins do século XVI. A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação e

⁵³ *O último dia de um condenado*. Tradução de Joana Canêdo. São Paulo: Estação Liberdade, 2010, p. 165-167.

⁵⁴ MELOSSI, Dario. *Ibidem*, p. 43.

⁵⁵ O exemplo de Amsterdã foi estudado e seguido em toda a Europa, particularmente nos países de língua alemã. A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais. *Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil. Através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriram hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um tratamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente* - grifo nosso. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Ibidem*, p. 69).

servidão penal através de trabalhos forçados; as duas primeiras por um certo tempo, a terceira como precursora hesitante de uma instituição que tem permanecido até o presente. Algumas vezes elas apareceram simultaneamente com o sistema tradicional de fianças e penas capital e corporal; em outras, tenderam a substituí-lo. *Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades – grifo nosso.*⁵⁶

Na Holanda, França e Inglaterra, países nos quais as casas de correção atingiram o apogeu em matéria de desenvolvimento, a composição dos internos abrangeu, em regra, desempregados e autores de crimes de menor porte, a exemplo do furto. Saliente-se, por oportuno, que a “manufatura recrutava a sua força de trabalho essencialmente em dois grupos sociais que tinham sido arruinados pelo desenvolvimento do capitalismo, dois tipos de pequenos produtores: os ex-artesãos e ex-camponeses.”⁵⁷

Os trabalhadores alheios a esse processo ficavam, portanto, extremamente vulneráveis à segregação como forma de controle social e a exercer o trabalho forçado como técnica de punição. “Os pobres, os jovens, as mulheres prostitutas encham, no século XVII, as casas de correção. São eles as categorias sociais que devem ser educadas ou reeducadas na laboriosa vida burguesa, nos bons costumes.”⁵⁸ A propósito, leciona Dario Melossi:

*Assegurar a supressão de um sem número de impulsos e de disposições produtivas para valorizar apenas aquela parte infinitesimal do indivíduo que é útil ao processo de trabalho capitalista é a função confiada pelos bons burgueses calvinistas do século XVII à casa de trabalho. Essa função será mais tarde atribuída à instituição carcerária. O lugar onde o empobrecimento conjunto do indivíduo tem lugar é a manufatura e a fábrica, mas a preparação, o adestramento, é garantido por uma estreita rede de instituições subalternas à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital, mais tarde o quartel, o manicômio. Elas garantirão a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita. Frente a isso, se erguerá a resistência, inicialmente espontânea, inconsciente, criminoso, e depois cada vez mais organizada, consciente, política, que o proletariado saberá opor, na fábrica e no interior de todas as diversas instituições mencionadas.*⁵⁹

Com efeito, “a casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância econômica da casa de correção desapareceu, entretanto, com o surgimento do sistema fabril.”⁶⁰ O recrudescimento progressivo da força de trabalho livre, em face do advento das máquinas, produziu, paulatinamente, um exército industrial de reserva. Este fenômeno repercutiu diretamente na manutenção das casas de trabalho forçado. A abundância de trabalhadores livres foi capaz de exercer a função de

⁵⁶ Ibidem, p. 43.

⁵⁷ MELOSSI, Dario. Ibidem, p. 45.

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 55.

⁵⁹ Ibidem, p. 47-48.

⁶⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Ibidem, p. 21.

regulador dos salários dos operários, fato que tornou o instituto do trabalho obrigatório um instrumento completamente desnecessário para a consolidação e acumulação do capital.

Nesta perspectiva, o cárcere, usado preliminarmente para pessoas que aguardavam o epílogo de um processo criminal, assumiu, fundamentalmente a partir do século XIX, o caráter de punição do direito penal moderno, isto é, burguês-capitalista. Com efeito, Pachukanis leciona que “não foi por acaso que esta forma de pena introduziu-se e foi considerada como natural justamente no século XIX, ou seja, numa época em que a burguesia pôde desenvolver e afirmar todas as suas características.”⁶¹ Intempestiva, sob este ângulo, a conclusão de Nelson Saldanha:

O Direito seria então, em princípio, uma forma de controle social que veio a atingir alto grau de rigor impositivo e complexidade técnica. [...]. Nos Estados absolutos, antigos e modernos, os grupos dominantes sempre utilizaram a repressão e as penas violentas como instrumento de defesa de seus interesses. Com o liberalismo, entretanto, vieram grandes progressos e graduais reformas nas idéias (*sic*) penais e nas instituições respectivas; do mesmo modo, e paralelamente, o próprio poder passou a ser objeto de uma concepção mais racional e mais impessoal. A interpretação do crime, dentro da mentalidade moderna, deixou para trás o tempo dos “processos de bruxas”, passando a prestigiar-se o entendimento científico.⁶²

Esta visão tão linear, cartesiana e científica do sistema jurídico não encontra respaldo na realidade. As ciências humanas, em geral, e o direito, em particular, funcionam como mecanismos eficazes de controle das contradições sociais; não apenas descritivas, são, principalmente, normativas. Ressalve-se que a objetividade científica é, em sua essência, eminentemente ideológica, posto que “não se funda nos objetos, que são necessariamente construídos pela ativa atuação da subjetividade.”⁶³ Prova inapelável deste argumento consiste na pena privativa de liberdade. “O surgimento gradual do aprisionamento foi implementado pela necessidade de tratamento especial para mulheres e pela diferenciação de tratamento de vários estratos sociais.”⁶⁴

É interessante observar que, se nos séculos XVIII e XIX, principalmente, o contingente das prisões englobava os membros das classes privilegiadas, nos séculos XX e XXI, o encarceramento cingiu-se às pessoas vítimas da inclusão marginal na sociedade. Houve, portanto, uma radical inversão no sentido da prisão.⁶⁵ Nos períodos precedentes, sua opção

⁶¹ *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 130.

⁶² *Sociologia do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78 e p. 107-108.

⁶³ SEVERINO, Antônio Joaquim. Prefácio. In: JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1981, p. 37.

⁶⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Ibidem*, p. 99.

⁶⁵ Diante deste fenômeno por eles mesmos criados, o capital e as forças políticas que o representam não precisam responder mais com uma força de trabalho forçada, que reduza os salários dos trabalhadores livres e que, ao mesmo tempo, seja adestrada e recuperada para o trabalho na fábrica. *A instituição carcerária permanece assim como uma aquisição definitiva e cada vez mais dominante na prática punitiva burguesa, muito embora a sua função – ao menos na Europa e até o momento em que esta situação perdurar, i. e., depois da metade do século XIX – adquira*

poupavam os nobres e opulentos dos castigos corporais e da escravidão nas galés. Nas democracias liberais, por outro lado, sua escolha expõe, nitidamente, a cruzada do Estado gendarme contra os pobres e não contra a pobreza.

A função punitiva do cárcere teve como premissa o princípio *less eligibility*. A ênfase do postulado preconiza a menor elegibilidade das condições internas do regime penitenciário em contraste com as circunstâncias externas.⁶⁶ Para as camadas da população excluídas da produção e do consumo, dos direitos e garantias jurídicas, os xadrezes devem ter condições mais aviltantes do que as encontradas no mais singelo dos subúrbios. As ignóbeis estruturas de execução da pena “refletem a capacidade hercúlea de o ser humano adaptar-se a ambientes hostis, de superar a cada instante os limites da própria humanidade.”⁶⁷ Sobre as mazelas do sistema penitenciário, César Barros Leal denuncia:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes (*sic*); prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso “sorteado” é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.⁶⁸

Os cenários narrados, fiéis ao cotidiano trágico das penitenciárias, não deixam dúvidas: “a história da prisão, local de cumprimento de pena privativa de liberdade (*troca jurídica* do

um tom cada vez mais terrorista e de mero controle social: o princípio da disciplina tout court prevalece sobre o da disciplina produtiva da fábrica. A marca reacionária da Restauração – que corresponde nos países mais avançados à formação de uma frente na qual a burguesia, já vitoriosa, acolhe os restos teóricos e práticos do velho absolutismo -, se por um lado expressa ainda uma resistência anti-liberal, anti-burguesa, por outro caracteriza-se cada vez mais por uma postura anti-proletária - grifo nosso. (MELOSSI, Dario. Ibidem, p. 93).

⁶⁶ A função de degradação que é atribuída (sociologicamente) à pena de prisão conta com uma antiga história. Para aqueles que operam com essa perspectiva desumana, ou seja, para aqueles que aceitam que a qualidade de vida do preso tem mesmo que ser humilhante e vexatória, não há como deixar de considerar como referência obrigatória a teoria da *less eligibility*. O princípio ou teoria da *less eligibility* nasceu na Inglaterra, em 1834, com a *Poor Law Amendment Act* (“lei de alívio dos pobres”). Seu significado original era o seguinte: as condições de trabalho nas prisões (nas *workhouses*) deveriam ser piores que o pior emprego fora desses reformatórios. A condição do mendigo no reformatório não pode ser mais atraente que a de um trabalhador da classe mais baixa fora dele. [...]. Seu significado cultural dentro do discurso punitivista (e desumano), que passou a ser difundido amplamente, sobretudo em países que vivem permanentemente o clima da guerra civil permanente, é o seguinte: as condições de vivência (sobrevivência) na prisão assim como o tratamento dos presos têm que ser piores do que as condições de vida da classe trabalhadora externa mais baixa e mais depauperada. (GOMES, Luiz Flávio. A “menor elegibilidade” da prisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, v. 920, jun. 2012, p. 209-210).

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. Tântalo no divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 12, n. 50, set./out. 2004, p. 117.

⁶⁸ *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58.

crime) e de execução do projeto *técnico corretivo* de indivíduos condenados (produção de sujeitos *dóceis e úteis*), é a história de 200 anos de fracasso.”⁶⁹ Conforme Foucault, “desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase que ao mesmo tempo que o projeto.”⁷⁰ Em suma: o sistema penitenciário brasileiro é muito mais medieval do que moderno.

No bojo da disciplina pelo trabalho, apesar de não forçado,⁷¹ o exercício de atividade dentro das penitenciárias foi previsto no art. 764 do Código de Processo Penal, de 1941.⁷² Em 1984, por intermédio da Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), o preso foi beneficiado com o instituto da remição penal.⁷³ Consoante as suas diretrizes, a cada três dias de trabalho, um a menos no cumprimento da pena. Observe-se, contudo, que a possibilidade de remição pelo estudo somente foi implementada formalmente com a Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, 27 anos após a promulgação da Lei de Execução Penal. Este vácuo ratifica a indiferença do sistema de segurança pública perante a população carcerária.⁷⁴

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 14, n. 58, jan./fev. 2006, p. 294.

⁷⁰ Sobre a prisão. In: MACHADO, Roberto. (Org.). *Microfísica...*, opus citatum, p. 131.

⁷¹ O Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal, a qual veda a pena de trabalhos forçados: Art. 5º, XLVII - não haverá penas: [...] c) de trabalhos forçados. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 18).

⁷² Art. 764. O trabalho nos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1o, III, do Código Penal, será educativo e remunerado, de modo que assegure ao internado meios de subsistência, quando cessar a internação. (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Presidência da República*, Brasília, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014).

⁷³ Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá *remir*, por *trabalho* ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho - grifo nosso. (BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a Lei de Execução Penal. *Presidência da República*, Brasília, 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014).

⁷⁴ Saliente-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça, em 13 de agosto de 2007, publicou a Súmula 341: “A frequência (*sic*) a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto (*sic*)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 341, de 27 de junho de 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 ago. 2007, p. 581). O *leading case* no STJ, de 2003, encontra-se no Recurso Especial 445.942/RS: “CRIMINAL. RESP. REMIÇÃO. FREQUÊNCIA EM AULAS DE ALFABETIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DESPROVIDO. I. A Lei de Execuções Penais previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. II. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo trabalho, para abarcar também o estudo, longe de afrontar o *caput* do art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando-se a necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto. III. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe *in casu*, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade. IV. Recurso desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 445.942/RS. Rel. Min. Gilson Dipp. *Diário da Justiça*, Brasília, 25 ago.

Nesta perspectiva, Doris Layton Mackenzie assinala que “uma das razões para a ênfase contínua em programas educacionais é a forte correlação entre escolaridade e atividade criminosa.”⁷⁵ É absolutamente incompreensível pugnar pela ressocialização⁷⁶ dos presos quando, em grande medida, eles nunca foram sujeitos de direitos, mas apenas de deveres. Aos defenestrados, muitos dos quais têm a primeira relação com o Estado por meio da polícia e não da escola, uma inclusão social às avessas.

2003, p. 352). Portanto, o Poder Judiciário passou a aceitar o estudo para efeitos de remição penal 19 anos após a promulgação da Lei de Execução Penal.

⁷⁵ One reason for the continuing emphasis on educational programs is the strong correlation between educational level and criminal activity. (*What works in corrections: reducing the criminal activities of offenders and delinquents*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 70).

⁷⁶ A precariedade das condições da educação ofertada à população carcerária pode ser mensurada pela quantidade de profissionais do campo que atuam no sistema prisional brasileiro. Em junho de 2009, eram 111 pedagogos e 329 professores, para um total de 75.873 servidores penitenciários, funcionários públicos na ativa. *Veja-se que a função de controle é supervalorizada frente àquela de educar e preparar para retornar ao convívio social*. Proporcionalmente, os profissionais de pedagogia correspondem a 0,1% dos servidores penitenciários, e os professores, a 0,4%. [...]. As aulas são frequentemente suspensas sem justificativas concretas. Revistas às celas, decisões individuais de funcionários da segurança, castigos a comportamentos considerados inadequados e reuniões administrativas são algumas das alegações comuns para a suspensão das atividades educativas. Também nesse aspecto, nota-se a total subordinação da educação à segurança – grifo nosso. (GRACIANO, Mariângela; HADDAD, Graciano. A educação no sistema prisional. In: MERLINO, Tatiana; MENDONÇA, Maria Luisa. (Orgs.). *Direitos humanos no Brasil 2010: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2010, p. 154-155). Conforme o último censo penitenciário, publicado em dezembro de 2012, o sistema prisional brasileiro possui 107.764 servidores, dentre os quais 72.680 são agentes penitenciários (67,44%), 231 pedagogos (0,21%) e 1.935 professores (1,79%). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema integrado de informações penitenciárias – InfoPen: Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRNN.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2014). Os números, por si só, explicam o caos.

2 O INIMIGO POLÍTICO-JURÍDICO

No âmbito da teoria política, o vocábulo inimigo possui origem no direito romano. A proeza de Roma foi tributária de uma robusta estrutura de poder interno, o que propiciou a consecução e disseminação do grande império europeu. Não seria possível uma dominação externa sem uma organização vertical e militar da matriz do poder. “Roma torna-se a ‘Cidade’ por excelência, com a missão de subjugar o mundo, e o subjuga castigando sem piedade os rebeldes, exercendo em toda a sua plenitude o direito do vencedor.”⁷⁷

Na essência e no orgulho do povo romano havia apenas Roma e seus inimigos. A cada conquista, novos territórios para explorar; a cada triunfo, confiscos e indenizações de guerra infligidas aos vencidos. A potência da península itálica conquistou Cartago, Grécia, Egito, Macedônia, Gália, Germânia, Trácia, Síria e Palestina. O seu poderio bélico, responsável por êxitos imponentes e ininterruptos, escravizou multidões. Sob esta concepção, Carl Schmitt sustenta que “inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios*, não *echtros*.”⁷⁸ Neste particular, lecionam André Aymard e Jeannine Ayboyer:

Encontramos na Roma republicana esse sentimento, tão freqüente e tão vivo na Grécia – para não sair da Antigüidade -, de que *a segurança de um Estado se encontra em perigo pela simples presença, nas proximidades, de outro Estado cujas forças pareçam equilibrar-se com as suas ou pela possibilidade de uma coalizão da qual não participe; a preocupação de preservar sua própria independência convida-o a destruir a dos outros*. Então as guerras e, se essas trazem a vitória, as conquistas se entrosam uma nas outras, pois *o aumento das possessões multiplica os deveres defensivos* e as ocasiões de conflito; o imperialismo encontra em suas próprias aquisições motivos irresistíveis para estender, sem cessar e cada vez mais longe, os seus objetivos; ele não tem, afinal de contas, outros limites senão os da terra habitada - grifo nosso.⁷⁹

O inimigo, em sede de teoria da soberania, não é qualquer infrator; é o estrangeiro, o outro. “O *inimigo da sociedade* ou *estranho*, quer dizer, o ser humano considerado como *ente perigoso ou daninho* e não como *pessoa com autonomia ética*, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto.”⁸⁰ Para esta tipificação, o conceito reclama

⁷⁷ AYMARD, André; AYBOYER, Jeannine. *Roma e seu império: o Ocidente e a formação da unidade mediterrânea*. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Rio de Janeiro: Editora Betrand Brasil S.A., 1993, p. 132. (Coleção história geral das civilizações, III).

⁷⁸ *O conceito do político/Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 30.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 131.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 12. (Coleção pensamento criminológico, 14).

uma situação concreta, existencial. O adversário não pode ser um concorrente em geral, moldado a partir de caracteres abstratos. A ameaça do combate, a possibilidade real do conflito, deve ser iminente ou, pelo menos, eventual. Presentes estas distinções, manipuláveis conforme as conveniências e interesses do poder, o estado é de guerra declarada. Saliente-se, além disso, que:

*O hostis, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes). Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal. Trata-se de um elemento conceitual contraditório dentro do Estado de direito porque arrasta a semente de sua destruição, muito embora a sua incoerência só se tenha manifestado nos anos 30 do século passado, por obra da pena de Schmitt, o mais teórico político do nazismo. [...] Para os teóricos – e sobretudo para os práticos – da exceção, sempre se invoca uma *necessidade que não conhece lei nem limites*. A estrita medida da necessidade é a *estrita medida de algo que não tem limites*, porque esses limites são estabelecidos por quem exerce o poder.⁸¹*

Com efeito, o sentido de inimigo sempre consistiu em empecilho à consolidação dos Estados constitucionais de direito. Porventura o seu berço possa ser atribuído ao direito constitucional, o ápice da sua “evolução científica” encontrou refúgio na doutrina totalitária do direito penal nazifascista.⁸² A teoria do direito penal do inimigo não é inédita; foi remodelada, em 1985, por Günter Jakobs⁸³, criador do funcionalismo sistêmico ou radical; sustenta-se que o direito penal tem a função primordial de proteger a norma e, secundariamente, tutelar os bens

⁸¹ Idem, ibidem, p. 23-25.

⁸² Há doutrina que aponta a existência do processo penal do inimigo: “A par da incomunicabilidade, são recorrentes no arsenal do Processo Penal do inimigo: (i) prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa (juízes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.” (MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 14, n. 59, mar./abr. 2006, p. 231). Em oposição, o processo penal do cidadão: “*Posta a acusação, deve-se duvidar dela*. Não por razões associadas às peculiaridades do caso, mas como método de exploração na formação do convencimento judicial. *A estrutura dialética do processo – já assentada definitivamente – deve iniciar-se não pela acusação, mas pela sua negação. O que deve ser potencializado é a contradição e não a afirmação. Sempre será possível justificar a absolvição de um efetivamente culpado; já a condenação de um concretamente inocente não. O custo social é impagável.*” - grifo nosso. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 74).

⁸³ O Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico – penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90).

jurídicos mais fundamentais.⁸⁴ Baseia-se na cisão entre cidadãos e inimigos. Ressalte-se, por oportuno, que, a partir de 2003, instigada principalmente pelos ataques ao *World Trade Center* em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, a teoria adotou uma conotação menos descritiva do comportamento do inimigo e mais justificadora da tese da sua supressão física. Do ponto de vista histórico:

Ao longo de todo o período das monarquias absolutas, aumentaram continuamente os *crimina lesae maiestatis*, que comportavam, geralmente, a pena capital; para estes, não havia nenhuma possibilidade de “correção”. Enquanto a rebelião se expressa numa simples inadaptação, mesmo que grave, às relações sociais dominantes, a domesticação, alcançada na base da pancada e do trabalho, pode ter alguma possibilidade de sucesso (vai depender da demanda existente de força de trabalho num determinado momento), porém, se a rebelião se dirige – ainda que sob formas mistificadas, não claras – contra as próprias relações sociais, *contra a autoridade*, é evidente que não há nada a fazer. Quem se revoltou contra a própria disciplina, e não contra alguma aplicação particular dela, não é passível de *correção*: merece a morte.⁸⁵

O eixo ideológico do direito penal do inimigo, coloquialmente conhecido como direito penal de terceira velocidade⁸⁶, repousa na presunção de periculosidade e na ênfase da eliminação física. René Ariel Dotti adverte, com razão, que “um sistema jurídico próprio de um Estado Democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena.”⁸⁷ Esta abordagem gera preocupação em virtude das características subjetivas que se encontram subjacentes à construção do conceito de inimigo no contexto de uma sociedade composta por classes sociais extremamente desiguais. A partir desta perspectiva, Francisco Muñoz Conde pondera:

É indubitável que, com essa definição dos que Jakobs denomina inimigos, e com os delitos que menciona como comportamentos que expressam essa inimizade (delitos sexuais, delinquência organizada, terrorismo, narcotráfico, além da habitualidade e da

⁸⁴ Em contraponto, Claus Roxin, idealizador do funcionalismo teleológico ou moderado: “Ocorre que à alternativa formulada por Jakobs – ‘O que protege o Direito Penal: bens jurídicos ou a validade da norma? – respondo de forma diversa, já que para mim o objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico, e não a validade da norma’.” (Reflexões sobre a construção sistemática do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 82, jan./fev. 2010, p. 37-38).

⁸⁵ MELOSSI, Dario. *Ibidem*, p. 56-57.

⁸⁶ Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual se haveriam de manter rigorosamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual o *Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*. [...]. O Direito do inimigo – poder-se-ia conjecturar – seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos. Isso, ainda que tais medidas se revelassem com frequência sob a aparência formal de penas. Expresso de outro modo, não haveria um Direito “Penal”, em sentido estrito, de inimigos. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão de Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 193-195). (Coleção direito e ciências afins, 6).

⁸⁷ Aspectos da pena criminal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, jul./98 a dez. 99, p. 158.

reincidência), o autor refere-se a um amplo espectro de delitos e de delinquentes que praticamente abarca inúmeras formas de criminalidade, e não sempre, necessariamente, as mais graves. O perigo que implica vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detêm o poder (cuja legitimidade, democrática ou não, certamente Jakobs nem sequer levanta), e que, definitivamente, quase todo o direito penal pode ser considerado como um direito penal do inimigo.⁸⁸

Nesta conjuntura prolifera-se a avidez pela legitimação e legalização da pena de morte. Relativiza-se o juízo de culpabilidade de um fato, especificamente considerado, em prol de um pré-conceito de periculosidade de um determinado autor, em regra definido por uma simples qualidade pessoal: “aquela de ‘suspeito’ ou de ‘perigoso’, associada muitas vezes a elementos sintomáticos como a condição de condenado, ou de reincidente, ou de ocioso, ou de *vagabundo* ou similar” - grifo nosso.⁸⁹ Consoante as diretrizes deste silogismo, o direito penal de primeira e segunda velocidades, como direito comum, deve ser aplicável aos cidadãos, ao passo que o direito penal de terceira velocidade deve ser destinado aos inimigos. Registre-se, a propósito, a reflexão de Pietro Costa:

Retornam ao centro da cena os sujeitos perigosos e parece pesar a exigência de neutralizá-los. Muda a topografia dos sujeitos e a representação da periculosidade e mudam as técnicas recomendadas para responder o desafio da segurança. Parece perder a atração o objetivo do tardio século XIX da integração, enquanto voltam a se fazer sentir as mais antigas tendências a expelir, a eliminar, a colocar fora do jogo os criminosos. Consequentemente cai a visão do século XIX do cárcere como instrumento de disciplina e transformação de comportamento do desviante e a realista constatação da falência da utopia integracionista reforça a tendência a fazer do cárcere um simples instrumento de neutralização e de confinamento dos sujeitos perigosos. [...]. As estratégias voltadas a gerar segurança preveem a edificação de barreiras e defesas, a criação de diferenças, o endurecimento do “dentro” e do “fora”, a contraposição entre os (bons) cidadãos e os sujeitos perigosos e (por algum título) estranhos. O direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão são uma recente tradução e explicitação jurídica de um imaginário socioantropológico de “longa duração”, que marcou profundamente a área do penal moderno (e pré-moderno).⁹⁰

Nas ditaduras militares que se sucederam na América Latina, na segunda metade do século XX, todo civil era considerado um inimigo em potencial. Nos regimes de exceção à democracia implanta-se a cultura do medo, a regra da suspeição genérica, avulsa; governa-se sob a batuta da intimidação geral e do arbítrio.⁹¹ Consoante a sinopse de Umberto Eco, “para

⁸⁸ As origens ideológicas do Direito Penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 83, mar./abr. 2010, p. 116.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chouckr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 706.

⁹⁰ COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: RI JÚNIOR, Arno Dal; SONTAG, Ricardo. (Orgs.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011, p. 81-84.

⁹¹ Na literatura política, diferenciam-se os regimes autoritários (latino-americanos) dos regimes totalitários (fascismo, nazismo e stalinismo).

manter o povo sob controle (*sic*), é necessário inventar constantemente inimigos, e pintá-los de maneira a inspirarem medo e repugnância.”⁹² Oportuno o registro de Salo de Carvalho:

Nesta complexa rede de (re)afirmação de estereótipos e de distribuição arbitrária e seletiva de etiquetas ocorre o incremento e a densificação, na estrutura dos aparatos da segurança pública, da lógica militarizada. As agências de controle penal, agregando nestas o importante papel desempenhado pelos meios de comunicação, amparam e são amparadas pelas nascentes campanhas de Lei e Ordem, re(definindo) o inimigo interno a ser combatido.⁹³

Nas democracias burguesas, dos sufrágios universais e das pomposas normas jurídicas enaltecendo a igualdade e a legalidade, todo pobre é considerado um inimigo em potencial. Embora o liberalismo, para Carl Schmitt, “não tenha radicalmente negado o Estado, tampouco encontrou, por outro lado, uma teoria positiva do Estado e uma reforma estatal própria; ao contrário, procurou apenas vincular o político a partir do ético e submetê-lo ao econômico.”⁹⁴

É exatamente no interior dos cárceres, genuínos “cemitério de vivos”⁹⁵, o espaço no qual se pulveriza o véu universalizante do princípio da igualdade.⁹⁶ Um dos critérios para se aferir o estágio de desenvolvimento de uma democracia consiste em averiguar o nível de degradação humana nos complexos penitenciários. Os fatos, perceptíveis por si só, denunciam que “a população das prisões, dos internatos e dos grandes manicômios sempre foi composta, em percentual esmagador, por indivíduos oriundos das classes mais pobres.”⁹⁷ Nesta perspectiva, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que “a eficácia e a dureza do Direito Penal parecem vocacionadas apenas para a população que vive à margem ou com pouquíssimo acesso aos bens de vida e às prestações sociais gerais.”⁹⁸ Sobre o tema, Arno Dal Ri Júnior argumenta no sentido de que:

A novidade significativa que o final do século XX viu surgir não diz respeito à construção da imagem do “terrorista islâmico” enquanto inimigo da segurança nacional. Sem dúvida alguma, a perplexidade e o repúdio causados pelos atentados e pelos demais fatos que aconteceram nos últimos anos tendo como foco esse fenômeno deixaram o mundo atônito e concedeu aos “talibãs & cia.” um destaque considerável nas discussões sobre a segurança do Estado. Todavia, uma análise mais aprofundada

⁹² Contracapa. In: _____. *Construir o inimigo e outros escritos ocasionais*. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2011.

⁹³ *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 66.

⁹⁵ LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 43.

⁹⁶ Art. 5º, *caput*, Constituição Federal: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.* – grifo nosso. (*Ibidem*, p. 16-18).

⁹⁷ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 141.

⁹⁸ *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 514.

do discurso que construiu este novo inimigo demonstra que falta um pouco de originalidade: o fato de serem concebidos como ameaça externa e de agirem inspirados em doutrinas com teores políticos, aproxima-os dos seus predecessores comunistas. [...]. A imagem dos mais recentes e originalíssimos inimigos do Estado está sendo delineada com maestria pelos ideólogos do movimento “*Law and Order*”, elaborada e amadurecida por anos de violência sistemática contra negros e latinos nos subúrbios das grandes cidades dos Estados Unidos da América. É no criminoso de rua, no pequeno delinqüente, que passa a se encontrar o principal protagonista da mais nova transfiguração do crimen laesae maiestatis. [...]. Frequentemente associado a uma das várias etapas da cadeia de narcotráfico, como revendedor ou consumidor, o delinqüente de rua, novíssimo monumento do maniqueísmo penal, é fruto das desastrosas políticas econômicas levadas a cabo nos países do Ocidente a partir das últimas décadas do século XX. Políticas geradas por elites irresponsáveis, criadoras de um estrondoso e alarmante déficit de justiça social, que têm conduzido a um empobrecimento rápido de grande parte da classe média e a pauperização das classes mais humildes. Elites que teimam em esconder os seus interesses econômicos e as suas manifestas demonstrações de incompetência na administração do poder público através de uma eficaz estratégia de criminalização das classes mais pobres da sociedade. [...]. É deste modo que a associação entre pobreza e narcotráfico, encontrada no *curriculum vitae* de todo delinqüente de rua, passa a ser indicada como a culpada de toda a explosão de violência e criminalidade vivida atualmente na grande maioria dos países capitalistas do Ocidente. Trata-se de um processo macabro, baseado na construção de um pânico coletivo que identifica no assaltante, no homicida, no criminoso sexual e no traficante o novo inimigo da segurança da nação. Um inimigo invisível, que tanto pode nascer com todas as condições para iniciar sua carreira como “trombadinha”, quanto pode ser o bom filho de classe média que “se perde” diante da voracidade do tráfico de drogas. [...]. E aos mesmos discursos e práticas que por décadas foram utilizados na meticulosa construção da imagem do “comunista subversivo” como inimigo do Estado, passaram a construir a figura do “delinqüente de rua” como novo inimigo da nação. Daí a legitimação do uso de mecanismos típicos de combate aos “inimigos” da segurança nacional em relação aos “inimigos” da segurança pública - grifo nosso.⁹⁹

Nas estatísticas referentes aos encarcerados, evidentemente, não há nenhuma informação concernente à vulnerabilidade econômica. Outros dados, entretanto, podem ser pesquisados a fim de se extrair o grau de pobreza do contingente das prisões. Em relação ao grau de instrução, por exemplo, o censo penitenciário mais recente concluiu que apenas 2.005 pessoas (3,90%), de um total de 513.713 presos¹⁰⁰, têm ensino superior completo. O quadro dos remanescentes traduz, literalmente, o drama: 27.813 são analfabetos, 64.102 são alfabetizados, 231.429 possuem ensino fundamental incompleto e 62.175 o ensino fundamental completo. Este conjunto, reunido em 385.519 homens e mulheres, responde por 75,04% dos presos custodiados no sistema penitenciário.¹⁰¹ Observe-se, por oportuno, a exclusão dos cálculos das

⁹⁹ RI JÚNIOR, Arno Dal. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 355-358.

¹⁰⁰ A estatística oficial, para a aferição do quesito “grau de instrução”, não considerou o número total de presos: 548.003. Após a publicação dos dados, o Departamento Penitenciário Nacional – Depen, registrou: “Valor automático de correção de itens inconsistentes – diferença com relação à população carcerária.” Assim, pode-se concluir que, além de o problema ser superior ao divulgado, os números fornecidos pelo Ministério da Justiça representam um indicativo da realidade de cada unidade da Federação, haja vista que o sistema federal recebe as informações das Secretarias de Estado da Justiça.

¹⁰¹ Opus citatum.

peças que tiveram acesso formal ao ensino médio. Portanto, trata-se de pessoas que têm nível de inteligência limitado, provocado por sequências ininterruptas de omissão do poder público. Nesta conjuntura, é inevitável o reconhecimento de que são ampliadas, em regra, as dificuldades de inserção no mercado de trabalho e nos demais setores de ramificação do poder.

Os marginalizados, historicamente, são os aliados dos direitos sociais, principalmente os relativos à educação e à saúde.¹⁰² Saliente-se que, consoante a ponderação de Guy Debord, “o espetáculo é o autorretrato do poder na época de sua gestão totalitária das condições de existência. A aparência fetichista de pura objetividade nas relações espetaculares esconde o seu caráter de relação entre homens e entre classes.”¹⁰³ Torna-se indubitável, por conseguinte, que “a *violência estrutural* no Brasil, como em qualquer país capitalista subdesenvolvido e dependente, deve ser determinada com base na estrutura de classes e nas relações entre as classes sociais.”¹⁰⁴ Sobre a clivagem entre as classes sociais, Tatiana Viggiane Bicudo fomenta o debate com a seguinte interrogação:

Hoje, vemos que se por um lado o Estado já não promove as políticas públicas como fazia no período pós-guerras, caracterizados como Estado-Providência, a sociedade civil se organiza cada vez mais na forma de *Organizações Não Governamentais*, que vêm assumindo a função de promoção da cidadania com inúmeros projetos que desenvolvem a alfabetização, a saúde pública, que criam oportunidades empregatícias para jovens que ainda não ingressaram no mercado de trabalho, por exemplo. *O discurso neoliberal, que tem pressionado os governos estatais a uma flexibilização de suas políticas públicas, rotulando de paternalistas os programas sociais, dá sustentação a um outro modelo de Direito Penal, altamente discriminatório, e que serve como instrumento de promoção da segregação social dos excluídos do mercado e das atividades produtivas. Essa opção pode, por algum tempo, segregar os excluídos da sociedade economicamente globalizada, encarcerando-os, mas até quando estará apta a fazê-lo? Até quando será possível a manutenção de uma sociedade dividida em cidadãos e não cidadãos? Quantas prisões deverão ser erguidas?*- grifo nosso.¹⁰⁵

O sistema penal exerce “seu poder *militarizador e verticalizador-disciplinar*, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos.”¹⁰⁶ Os pobres, em regra, são estereotipados como as classes perigosas, indivíduos capazes de comprometer a “ordem pública” e a “paz

¹⁰² No início da década de 90 do século XX, Maurício Corrêa advertiu: “O complexo penitenciário atual do país conta com 51.638 vagas, mas abriga 126.152 presos, a maioria com menos de 25 anos; 73% são analfabetos ou semi-analfabetos e sem profissão definida. O preso no Brasil é, em geral, o pobre que não encontra trabalho na idade em que o procura, o que bem reflete a equação econômico - política como responsável pela parcela expressiva da violência no cotidiano.” - grifo nosso. (O Ministério da Justiça na defesa da cidadania. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 46, n. 182, jul./dez. 1993, p. 20).

¹⁰³ *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 20.

¹⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 85.

¹⁰⁵ BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir?* Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 24.

social” do Estado burguês-capitalista, assim como profanar os “bons costumes” das famílias “de bem”, dos homens e mulheres educados à margem do pecado e da cobiça. Em relação à supervisão criminal sobre os pobres, verdadeira espada de Dâmocles, eis a lição de Alvíno Augusto de Sá:

Na falta de políticas públicas realmente humanas, justas, que implantem efetivamente (se não uma justa distribuição dos bens, mas, ao menos) medidas conjunturais concretas de assistência permanente às necessidades básicas (saúde, educação, alimento, habitação, trabalho decente e digno etc.), os despossuídos tornam-se uma ameaça e, ao cometerem crimes, são imediatamente selecionados pelo sistema punitivo, exemplarmente punidos, segregados e transformados (pela ideologia) em inimigos da sociedade. *Inimigos* que são, como *tais* podem ser tratados, ao arrepio da lei. [...]. Quando se fala “ideologia” do inimigo, não se quer dizer que a concepção de inimigo é uma criação subjetiva, falsa, fantasiosa, própria de quem “quer” distorcer a realidade. A ideologia, seja como fato social (teorização marxista), seja como fato psicológico (teorização psicanalítica da ideologia do inimigo), não é produto de uma decisão da classe dominante (fato social) ou dos indivíduos (fato psicológico). Ela é produto de ações, de práticas (fato social) e, no caso da ideologia do inimigo, também de vivências psíquicas (fato psicológico). [...]. O poder punitivo discrimina, entre os seres humanos, aqueles que ele considera inimigos, retirando-lhes a condição de pessoas. E esta seleção dos inimigos é feita a partir, não de bases científicas (embora ele possa recorrer a fundamentos tidos como científicos), mas de bases ideológicas. Enquanto inimigos e não pessoas, eles não mais gozam das medidas protetoras da lei, já que passam a ser tidos como perigosos, como ameaças para a sociedade. Graças à ideologia, os inimigos “construídos” passam a ter uma identidade bem marcada, indelevelmente marcada, de forma a deixar convencidos de seu perigo todos os membros de todas as classes e a deixar à vontade aqueles que os submetem às opressões do poder punitivo.¹⁰⁷

O exercício do poder punitivo, sob pena de flagrante ilegitimidade, não pode atuar com dois pesos e duas medidas. “El derecho penal desigual así edificado – derecho medido para los ricos y potentes y derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados – corresponde a um cambio radical en la racionalidade penal.”¹⁰⁸ No âmbito do garantismo penal, manifesta-se “inconciliável a idéia de uma democracia de direitos fragmentados: uns são mais cidadãos do que outros.”¹⁰⁹ Por outro lado, no cotidiano das periferias das grandes cidades e nos processos criminais que grassam nos suntuosos palácios da justiça, os incluídos marginalmente na sociedade circunscrita ao antagonismo de classes são considerados:

Enemigos que, como bien se explica, no se agotan en aquellos cuyas conductas reprochables revisten gravedad, sino incluso y por sobre todo abarcan a quienes son tenidos por molestos e irrecuperables, a los marginados sociales (ladrones ocasionales y/o de poca monta, ebrios, mendigos, vagabundos, prostitutas, timadores, drogadictos,

¹⁰⁷ Ibidem, p. 314-317.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. El populismo penal en la sociedad del miedo. Traducción de Andrea Catoira y Alessia Barbieri. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 71-72.

¹⁰⁹ CUNHA, D Jason B. Della. Política criminal e direitos humanos: agravamento e alternativas penais. In: LEAL, César Barros. (Org.). *Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça*. Fortaleza: C. B. Leal, 2006, p. 173.

inmigrantes ilegales, “portadores de cara”, etc.) caracterizados desde mucho antes como clases peligrosas.¹¹⁰

A expressão “classes perigosas” foi empregada pela primeira vez em 1840, na obra *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures*. Seu autor, Honore-Antoine Frégier (1789-1860), foi delegado de polícia na zona do Sena, Paris. Conforme a sua idiossincrasia, os pobres e as classes viciosas são e sempre serão o núcleo para a proliferação de malfeitores de toda sorte; por terem propensão ao crime, classes perigosas que são, devem ser destinatárias de rígidos protocolos de prevenção, vigilância e sanção penal. Neste contexto, a polícia foi e permanece sendo uma das principais agências de controle social.¹¹¹ A propósito, Eugenio Raúl Zaffaroni recorda que:

El positivismo retoma el discurso inquisitorial, en especial el centroeuropeo, arrojando las ramas de esse árbol, que em su origen medieval cubrían los ejércitos de diablos, com el follaje de los incontables signos de degeneración o infrahumanidad biológica del evolucionismo racista, tan ingenuo como burdo. Cuando al promediar el siglo XIX la burguesía europea se asentó en el poder, el discurso liberal dejó de ser funcional a sus intereses; necesitaba outro, que legitimasse su hegemonía pero que, al mismo tiempo, consolidase la nueva agencia que había surgido con la revolución industrial: la policía.¹¹²

¹¹⁰ TORRES, Sergio Gabriel. Características y consecuencias del derecho penal de emergencia. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 116-117.

¹¹¹ Sobre o estreito vínculo entre a gênese da instituição policial na França e o exercício do poder político: “Nessas excursões, que o grande *Moniteur* oficial e os pequenos *Moniteurs* privados de Bonaparte tinham naturalmente que celebrar como triunfais, o presidente era constantemente acompanhado por elementos filiados à *Sociedade de 10 de dezembro*. Essa sociedade originou-se em 1849. A pretexto de fundar uma sociedade beneficente o *lumpen-proletariado* de Paris fôra organizado em facções secretas, dirigidas por agentes bonapartistas e sob a chefia geral de um general bonapartista. Lado a lado com *roués* decadentes, de fortuna duvidosa e de origem duvidosa, lado a lado com arruinados e aventureiros rebentos da burguesia, havia vagabundos, soldados desligados do exército, presidiários libertos, forçados foragidos das galés, chantagistas, saltimbancos, *lazzaroni*, punguistas, trapaceiros, jogadores, *maquereaus*, donos de bordéis, carregadores, *literati*, tocadores de realejo, trapeiros, amoladores de facas, soldados, mendigos – em suma, tôda essa massa indefinida e desintegrada, atirada de ceca em meca, que os franceses chamam *la bohème*; com êsses (*sic*) elementos afins Bonaparte formou o núcleo da Sociedade de 10 de Dezembro. “Sociedade beneficente” no sentido de que todos os seus membros, como Bonaparte, sentiam necessidade de se beneficiar às expensas da nação laboriosa; êsse (*sic*) Bonaparte, que se erige em chefe do *lumpen-proletariado*, que só aqui reencontra, em massa, os interêsses (*sic*) que êle (*sic*) pessoalmente persegue, que reconhece nessa escória, nesse refugio, nesse rebotalho de todas as classes a única classe em que pode apoiar-se incondicionalmente, é o verdadeiro Bonaparte, o Bonaparte *sans phase*. Velho e astuto *roué*, concebe a vida histórica das nações e os grandes feitos do Estado como comédia em seu sentido mais vulgar, como uma mascarada onde as fantasias, frases e gestos servem apenas para disfarçar a mais tacaña vilania. [...]. *Em suas viagens, os destacamentos dessa sociedade, superlotando as estradas de ferro, tinham que improvisar público, encenar entusiasmo popular, urrar vive l’Empereur, insultar e espancar republicanos; tudo, é claro, sob a proteção da polícia.*” - grifo nosso. (MARX, Karl. *O 18 Brumário e Cartas a Kugelmann*. Tradução revista por Leandro Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, p. 70-72).

¹¹² Las “clases peligrosas”: el fracaso de un discurso policial prepositivista. *Sequência*: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, a. XXV, v. 25, n. 51, dez. 2005, p. 142.

O etiquetamento dos pobres como classe perigosa resulta na criminalização primária e secundária da pobreza.¹¹³ A primeira simboliza o Poder Legislativo da União, instância competente de produção de normas penais incriminadoras. A segunda, por sua vez, representa a criminalização propriamente dita; isto é: as ações punitivas exercidas contra pessoas concretas. Esta espécie de criminalização é desempenhada pela polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema penitenciário. A criminalização primária decorre dos mandados de criminalização ou penalização estabelecidos na Constituição Federal, a qual funciona como parâmetro normativo para o desenvolvimento da atividade do legislador ordinário. Neste sentido, Luciano Feldens ressalva que “uma tal correspondência deriva da circunstância de que a Constituição constitui o quadro referencial obrigatório – e não apenas sugestivo, haja vista sua superioridade normativa – da atividade punitiva.”¹¹⁴

A criminalização secundária é realizada, em um primeiro momento, pelos órgãos responsáveis pelo policiamento ostensivo, ou seja, a polícia federal e as polícias militares. No contexto de desigualdades sociais, a seletividade punitiva é “a marca histórica e indissociável do sistema penal; o *ius puniendi*, longe de sua conformação contratual, tem sido exercido em função dos interesses de grupos dominantes ou de Estado (se é que ambos estão distantes).”¹¹⁵ Com efeito, “a violência policial, bem como toda atividade estruturada pelo modelo reativo de policiamento, é seletiva. Ela se faz presente quando as vítimas são pobres e humildes.”¹¹⁶ As incursões das corporações militares nos morros e subúrbios, quase sempre sem mandados judiciais de busca e apreensão¹¹⁷, resultam muitas vezes em averiguações arbitrárias e detenções ilegais. Além disso, quando as forças de segurança vasculham os cômodos das residências, deixando um rastro de destruição, e não obtêm êxito na tentativa de apreensão de drogas e de

¹¹³ O sistema penal se distingue então pela seletividade; não só no nível da criminalização primária, mas sobretudo no da criminalização secundária. Numa sociedade capitalista, ele é estruturado para recair sobre as classes que, por desfrutarem de uma condição econômica e política mais débil, se encontram numa situação de objetiva vulnerabilidade social. Quanto maior é essa fragilidade, maior é a possibilidade de ser atingido pelo sistema penal, de ser criminalizado. Uma perspectiva macrossociológica torna possível encontrar, por detrás do fenômeno da criminalização, os mesmos mecanismos que dão conta da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos no interior de uma estrutura social pautada pela desigual apropriação privada dos meios de produção e da riqueza social que eles produzem. (SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 62-63).

¹¹⁴ *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 70.

¹¹⁵ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

¹¹⁶ ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009, p. 48.

¹¹⁷ Lamentavelmente, alguns magistrados têm deferido mandados de busca e apreensão coletivos. Trata-se de conduta inconstitucional, tendo em vista a ausência da individualização do comportamento das pessoas. Na realidade, funcionam como alvarás avulsos para o cometimento de toda sorte de ilegalidades.

produtos de crimes, os flagrantes, comumente, são forjados. Sobre os abusos de autoridade cometidos pelas polícias, Loïc Wacquant sintetiza:

A insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente agravada pela intervenção das forças da ordem. O uso rotineiro da violência pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia (através da “pimentinha” e do “pau-de-arara” para fazer os suspeitos confessarem), as execuções sumárias e os “desaparecimentos” inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. Uma estatística: em 1992, a polícia militar de São Paulo matou 1.470 civis – contra 24 mortos pela polícia de Nova York e 25 pela de Los Angeles –, o que representa um quarto das vítimas de morte violenta da metrópole naquele ano. É de longe o recorde absoluto das Américas. Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes (*sic*). Ela apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os “selvagens” e os “cultos”, que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem.¹¹⁸

Além da violência policial propriamente dita, praticada comumente após a realização do exame de corpo de delito, com o uso de artes marciais que não deixam vestígios aparentes ou cujos registros desaparecem com brevidade, o confinamento meramente preventivo é outra técnica empregada pelo sistema de justiça criminal para banir da sociedade os marginais. Conforme a denúncia da organização não governamental (ONG) *Human Rights Watch*, “atrasos dentro do sistema de justiça contribuem para a superlotação. Quase 200 mil detentos estão em prisão preventiva. No Piauí, 66 por cento dos detidos estão em prisão preventiva, a maior taxa no país.”¹¹⁹ Em outro trecho do relatório, registrou-se:

¹¹⁸ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 9. Conforme o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM: “Em cinco anos, PM de São Paulo mata mais que todas as polícias dos EUA juntas: Corporação paulista matou 6% mais que polícias americanas entre 2005 e 2009. *Relatório da Ouvidoria da Polícia de São Paulo aponta que mais de uma pessoa foi morta por dia em São Paulo por um policial militar entre 2005 a 2009. Com uma população quase oito vezes menor que a dos Estados Unidos, o Estado de São Paulo registrou 6,3% mais mortes cometidas por policiais militares do que todo os EUA em cinco anos, levando em conta todas as forças policiais daquele país.* Dados divulgados pela SSP (Secretaria de Segurança Pública), e analisados pela Ouvidoria da Polícia, revelam que 2.045 pessoas foram mortas no Estado de São Paulo pela Polícia Militar em confronto - casos que foram registrados como resistência seguida de morte - entre 2005 e 2009. Já o último relatório divulgado pelo FBI (polícia federal americana) aponta que todas as forças policiais dos EUA mataram em confronto 1.915 pessoas em todo o país no mesmo período. As mortes são classificadas como *justifiable homicide* (homicídio justificável) e definidas pelo “assassinato de um criminoso por um policial no cumprimento do dever”. Para Guaracy Mingardi, ex-subsecretário nacional de Segurança Pública e pesquisador do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a diferença no total de mortes do Estado e dos Estados Unidos se deve à própria cultura geral da sociedade brasileira, que tende a apoiar os assassinatos cometidos por policiais e prega que “bandido bom é bandido morto” – grifo nosso. (EM cinco anos, PM de São Paulo mata mais que todas as polícias dos EUA. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 24 jan. 2014. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/noticia/13905-Em-cinco-anos,-PM-de-Sao-Paulo-mata-mais-que-todas-as-policias-dos-EUA>>. Acesso em: 24 jan. 2014).

¹¹⁹ Delays within the justice system contribute to the overcrowding. Nearly 200,000 inmates are in pretrial detention. In Piauí state, 66 percent of detainees are in pretrial detention, the highest rate in the country. (WORLD Report 2014: Brazil. *Human Rights Watch*, New York, 24 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.hrw.org/americas/brazil>>. Acesso em: 24 jan. 2014).

A violência generalizada cometida por gangues criminosas e policiais abusivos assola muitas cidades brasileiras. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, uma organização não governamental (ONG) que reúne dados oficiais dos órgãos estaduais e federais, 1.890 pessoas morreram durante as operações policiais no Brasil em 2012, com média de 5 pessoas por dia. Nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo sozinhos, a polícia foi responsável por 362 mortes no Estado do Rio de Janeiro e 165 assassinatos no Estado de São Paulo, nos primeiros seis meses de 2013. A polícia rotineiramente noticia estas mortes como resultado de tiroteios com criminosos.¹²⁰

Se a base de cálculo, entretanto, incluir todos os presos custodiados em delegacias e no sistema penitenciário, comparando-a com o universo de 548.003 presos, a cifra alcança 229.326 presos provisórios, o que equivale a 41,84% de pessoas com privação de liberdade, em detrimento do princípio da presunção de inocência e da garantia do devido processo legal. Saliente-se que uma parcela significativa destes presos teriam direito a responder o processo em liberdade, pois inexistentes os requisitos para a decretação da prisão cautelar. Além disso, muitos dos crimes, porventura reconhecidos em sede de sentença condenatória, teriam o cumprimento de suas penas em regime semiaberto. Em suma: na fase de conhecimento, o preso permanece, na prática, em regime fechado; na fase de execução, por outro lado, cumpre a reprimenda em regime semiaberto ou aberto, conforme a detração penal (Código Penal, art. 42).¹²¹ Nestas condições, consoma-se mais do que uma antecipação de pena. Consagra-se uma ilegalidade ou flagrante inconstitucionalidade. Neste sentido, a censura de Eugenio Raúl Zaffaroni:

¹²⁰ Widespread violence perpetrated by criminal gangs and abusive police plague many Brazilian cities. According to the Brazilian Forum on Public Security, a nongovernmental organization (NGO) that gathers official data from state and federal bodies, 1,890 people died during police operations in Brazil in 2012, averaging 5 people per day. In Rio de Janeiro and São Paulo states alone, police were responsible for 362 killings in the state of Rio de Janeiro, and 165 killings in the state of São Paulo in the first six months of 2013. Police routinely report these deaths as the result of shoot-outs with criminals. While some police killings result from legitimate use of force, others do not, a fact documented by Human Rights Watch and other groups and recognized by Brazilian criminal justice officials. (Opus citatum).

¹²¹ Art. 42, Código Penal: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. *Presidência da República*, Brasília, 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014). O Supremo Tribunal Federal, em 2003, publicou a Súmula 716, permitindo ao juiz prolator da sentença condenatória o reconhecimento da detração: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 716, de 24 de setembro de 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 9 out. 2003). Apesar da utilização do verbo “admitir”, o juiz, tendo em vista o direito fundamental à liberdade ou a um regime menos severo do preso, deve reconhecer a detração na própria sentença, uma vez que a apreciação do pedido pelo juízo da execução pode ser objeto de dilação extemporânea. Do ponto de vista legislativo, todavia, somente em 2012 adveio a Lei 12.736, a qual atribuiu ao juiz de conhecimento a competência para realizar a detração, antes conferida apenas ao juiz da execução. Neste particular, o legislador almeja evitar situações em que o apenado aguarda a decisão do juiz da execução penal em regime mais gravoso ao fixado na sentença. (BRASIL. Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. *Presidência da República*, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014).

Vimos que na América Latina as medidas de contenção para os inimigos ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada prisão ou detenção preventiva, provisória, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos $\frac{3}{4}$ dos presos da região. De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros. Este dado é fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha este processo, todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos.¹²²

Outro aspecto preocupante do sistema de jurisdição criminal consiste na faixa etária dos presos. Atualmente, a maioria deles possui menos de 30 anos: 143.470 encontram-se no intervalo entre 18 e 24 anos e 122.767 têm entre 25 a 29 anos; total: 266.237 apenados. Vítimas do desemprego, do trabalho precário e do subemprego, correspondem a 51,82% da população carcerária.¹²³ Trata-se de estatística extremamente elevada, principalmente pelo fato de que, em regra, são pessoas com baixas expectativas de vida. Geralmente envolvidas com o tráfico ilícito de entorpecentes e com crimes contra a vida, são precocemente assassinadas. Por isso, apenas 31.294 presos compõem o grupo com idades entre 46 e 60 anos. Esta interseção é confirmada pelo elevado índice de reincidência, em torno de 70% dos egressos do regime fechado.¹²⁴ Ou seja: se as taxas de recidiva são expressivas e o contingente de presos entre 46 e 60 anos é reduzido, estas pessoas são cooptadas pelo próprio ciclo de violência. O mero fato de algum ex-presidiário recusar a oferta de atividade de um grupo de larápios já é motivo suficiente para ele ser considerado um transgressor daquele código informal e secreto de normas. E, alcançado este patamar, as organizações criminosas não perdoam: a execução é sumária.

¹²² *O inimigo...*, opus citatum, p. 109.

¹²³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, opus citatum.

¹²⁴ Os censos penitenciários elaborados pelo Ministério da Justiça são todos omissos com relação aos índices de reincidência, o que compromete qualquer tipo de política para debelar este grave problema. Como leciona Sérgio Salomão Shecaira: “Não temos uma única política criminal no Estado brasileiro, mas várias, que se anulam todas por sua irracionalidade. Não temos uma única finalidade da pena cumprida no atual cenário brasileiro, pois tudo aquilo que se tem como científico em relação às penas, nada mais se consubstancia do que um só interesse encarcerador autofágico.” (Pena e política criminal. A experiência brasileira. In: _____; SÁ, Alvíno Augusto de. (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 333). A inexistência de uma estatística oficial não contribui para o êxito do programa “Começar de Novo”, um dos principais projetos de reinserção social do Conselho Nacional de Justiça. Para Luciano Losekan, ex-juiz auxiliar da Presidência do CNJ, “inúmeras estimativas, sem bases concretas, afirmam que 70% dos ex-presidiários voltam ao crime. Sentimos necessidade dessa pesquisa. Temos que parar de fazer proselitismo e ter informações científicas para elaborar políticas. Se o índice for elevado, significa que a pena de prisão é inútil. Se confirmada essa hipótese, será preciso que os poderes públicos repensem a política de encarceramento.” (PESQUISA vai medir reincidência no crime. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, 4 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13447-pesquisa-vai-medir-reincidencia-no-crime>>. Acesso em: 4 mar. 2011). No mesmo tom, a crítica do ex-Min. Cezar Peluso do STF: “No Brasil, sete em cada dez presos que deixam o sistema penitenciário voltam ao crime, uma das maiores taxas de reincidência do mundo.” (NO Brasil, 70% dos ex-presidiários voltam ao crime. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-06/70-presidarios-voltam-mundo-crime-ganharem-liberdade>>. Acesso em: 6 set. 2011).

Na realidade, “cuando se selecciona como enemigos a los delinquentes comunes, la estigmatización se orienta a todo su grupo de pertinência, que em nuestra región son los jóvenes de barrios precários.”¹²⁵ É inegável que a expansão do crime no Brasil possui relação direta com a pobreza. Torna-se mais cômodo arregimentar pessoas que se encontram sem perspectivas no mercado de trabalho, com filhos para alimentar e com dívidas para adimplir. Como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) consiste em uma legislação mais branda do que o Código Penal, pois, teoricamente, somente prescreve medidas socioeducativas, os traficantes de substâncias entorpecentes optam por usar as crianças e os adolescentes residentes nas periferias para a prática de atos infracionais.

Além disso, a recompensa pela participação na associação criminosa demanda menos dispêndio, comparando-a com a remuneração de um adulto, cujo risco é maior. Muitos dependentes químicos colaboram com o tráfico apenas para sustentar os seus vícios, sem qualquer finalidade lucrativa. Estes jovens, excluídos dos espaços públicos, ameaçados de morte, são apreendidos sob a lógica da punição, da vingança. É praxe pessoas serem flagradas com 3 ou 4 *papelotes* de maconha e serem autuadas como autoras de tráfico de drogas; uma teratologia jurídica. “Aliás, essa face repressiva é a única demonstração do Estado que conhecem. Entre eles, a noção de ‘autoridade’ e mesmo o sentido da palavra ‘lei’ expressam apenas o rosto do inimigo.”¹²⁶ Consoante a crítica de Maria Lúcia Karam:

A imposição da pena, vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade. Para isso, não é necessário nem funcional acabar com a criminalidade de qualquer natureza e, muito menos fazer recair a punição sobre todos os autores de crimes, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, assim possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.¹²⁷

Os outros, privilegiados, com sobrenomes, oriundos das classes altas ou médias, muitas vezes não são nem encaminhados para a Delegacia da Criança e do Adolescente. Os próprios policiais acionam os seus genitores e aquele “imprevisto” torna-se um episódio efêmero, um modesto parêntese; no mínimo, a gorjeta daquele mês é suspensa; no máximo, uma hospedagem em clínica particular com psicólogos, médicos, enfermeiros e assistentes sociais. Acaso levados para o departamento policial, as audiências são acompanhadas por advogados e os fatos, em regra, considerados simples “desvios de conduta”, traquinagens da puberdade; em hipóteses

¹²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012, p. 334.

¹²⁶ ROLIM, Marcos. *Ibidem*, p. 183.

¹²⁷ A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*. A. I, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 82.

remotas, serão incluídos em medidas socioeducativas de meio fechado. Um dos critérios mais injustos utilizados pelas autoridades para a privação da liberdade consiste na existência de família desestruturada; a rigor, entretanto, trata-se de mero subterfúgio para restringir o direito de ir e vir de adolescentes pobres.¹²⁸ Para Vera Malaguti Batista:

A disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão de obra jovem para sua venda ilegal e constituiu núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro. Aos jovens de classe média que a consumiam, aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores. A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.¹²⁹

O perfil típico dos jovens dos subúrbios revela que são filhos de pais separados ou com participação em delitos, com inassiduidade escolar e consumidores de drogas de baixo poder aquisitivo, como a maconha e o *crack*. Não se pode, entretanto, associar a pobreza a um certo determinismo de cunho econômico do crime. As pessoas carentes não estão predispostas ao cometimento de atos ilícitos.

O divórcio entre pobreza e criminalidade, contudo, possui um objetivo específico, mais dissimulado do que aparentemente ingênuo: isentar a culpa da coletividade. Os discursos oficial e midiático lançam os criminosos na vala comum do privado, na locução tola e vazia da culpa individual. Olvida-se, de propósito, o postulado da culpabilidade compartilhada¹³⁰, o qual

¹²⁸ O Superior Tribunal de Justiça já rechaçou a possibilidade de internação compulsória com esteio em família desestruturada: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 492/STJ. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE QUE SE MOSTRA DEVIDA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...]. 5. *O fato de o adolescente integrar família desestruturada e não ter respaldo familiar não é fundamento contemplado no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente como hipótese autorizadora da medida de internação.*” - grifo nosso. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 256.550/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 ago. 2013).

¹²⁹ *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Freitas Bastos, 1998, p. 122. (Coleção pensamento criminológico, 2).

¹³⁰ A precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena. Apesar de não estar prevista no rol das circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal brasileiro, a norma do art. 66 (atenuantes inominadas) possibilita a recepção do princípio da culpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de ‘circunstância relevante’ anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social. (CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Hamilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74)

funciona como “verdadeiro princípio neutralizador da seletividade que permeia o funcionamento do sistema penal.”¹³¹ Conforme a lição de Rogério Greco:

Sabemos, como regra geral, a influência que o meio social pode exercer sobre as pessoas. A educação, a cultura, a marginalidade e a banalização no cometimento das infrações penais, por exemplo, podem fazer parte do cotidiano das pessoas. Sabemos, também, que a sociedade premia poucos em detrimento de muitos. Não existe distribuição de riquezas. Uma parcela pequena da sociedade vive nababescamente e convive com a outra parcela, esmagadoramente superior, formada por um grupo que se encontra no limite entre a pobreza e a miserabilidade. [...] A teoria da culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus ‘supostos cidadãos’. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir da realidade que lhes é impingida; quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. [...] Tal poderá ser a contribuição da sociedade que, em algumas situações, deverá afastar completamente a reprovação sobre a conduta do agente, ou, em outras, poderá diminuí-la, conforme assim o permite o art. 66 do Código Penal, que prevê a possibilidade de aplicação de uma circunstância atenuante genérica. [...] A divisão de responsabilidade entre o agente e a sociedade permitirá a aplicação de uma atenuante genérica, diminuindo, pois, a reprimenda relativa à infração penal por ele cometida.¹³²

Uma conclusão razoável parece assinalar no sentido de que o crime funciona como “substrato do processo de marginalização social.”¹³³ Nas regiões em que o Estado somente aparece para punir, “a democratização social não se deu no mesmo ritmo da democratização política.”¹³⁴ Esta distorção sempre apresenta, do ponto de vista social, um saldo extremamente negativo: o recrudescimento da violência entre os jovens e os adultos. Como o crime migra de setor, qualquer política pontual significa populismo penal, demagogia tosca. O problema do cárcere exige uma gama de ações coordenadas, cujo princípio se encontra na educação de qualidade, estilo integral.

¹³¹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 184, p. 55-65, out./dez. 2009.

¹³² *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 453-455. v. I.

¹³³ BARATTA, Alessandro. Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias. Tradução de André Giambernardino. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 53, 2011, p. 110.

¹³⁴ ZALUAR, Alba. Juventude violenta: processos, retrocessos e novos percursos. *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 2, 2012, p. 337.

3 O PROCESSO PENAL NA COLÔNIA E NO IMPÉRIO DO BRASIL

3.1 A ideologia da colonização

O sucesso da dominação portuguesa no Brasil, no início do século XVI, foi orientado, principalmente, por três pilares. Os colonizadores semearam a crença de que os povos que habitavam o continente americano, assim como os nativos da África, pertenciam a uma raça inferior, a qual deveria ficar sob o jugo da tutela. O cativo, despersonalizado e dessocializado, passa a ser literalmente objeto de uma socialização às avessas.¹³⁵ Neste rito de passagem, bárbaro, implacável, “a fase seguinte envolve a introdução do escravo na comunidade de seu senhor, mas envolve o paradoxo de introduzi-lo como um não-ser.”¹³⁶

Outra estratégia difundida contra os negros consistiu na composição de grupos com etnias diferentes, cujo objetivo principal foi dificultar a comunicação e, portanto, restringir a organização de insurreições. Estes segmentos foram divididos basicamente em três categorias: i) os boçais eram os recém-chegados da África; ii) os ladinos já haviam transposto o processo de aculturação e falavam a língua portuguesa e iii) os crioulos eram os escravos já nascidos no Brasil.¹³⁷ A concepção dominante foi a de que o escravo simbolizava o inimigo interno, na iminência de se revoltar. Em relação a estas tensões sociais, acentuadas em uma estrutura baseada no trabalho servil, Caio Prado Júnior adverte que:

O processo difícil e complicado da emancipação política do Brasil, pondo em evidência todas as contradições do regime anterior, vai polarizar as forças políticas e sociais em gestação e desencadeia o embate, não raro de grande violência, entre os diferentes grupos e classes em que se divide a sociedade colonial. Os escravos, apesar de sua massa que representa cerca de um terço da população total, não terão neste processo, ao contrário do ocorrido em situações semelhantes noutras colônias americanas, como por exemplo em São Domingos (Haiti), um papel ativo e de vanguarda. Acompanharão por vezes a luta, participarão debilmente de alguns movimentos, despertando com isto grande terror nas demais camadas da população. Mas não assumirão por via de regra uma posição definida, nem sua ação terá continuidade e envergadura. Isto se deve sobretudo ao tráfico africano, que

¹³⁵ Dado fundamental do sistema escravista, a *dessocialização*, processo em que o indivíduo é capturado e apartado de sua comunidade nativa, se completa com a *despersonalização*, na qual o cativo é convertido em mercadoria na sequência da reificação, da coisificação, levada a efeito nas sociedades escravistas. Ambos os processos transformam o escravo em fator de produção polivalente. (ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 144).

¹³⁶ PATTERSON, Orlando. *Escravidão e morte social: um estudo comparativo*. Tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p. 69.

¹³⁷ A designação ‘crioulo’ era exclusiva de escravos e forros nascidos no Brasil e o significante preto, até a primeira metade do século, era referido preferencialmente aos africanos. A designação de ‘negro’ era mais rara e, sem dúvida, guardava uma componente racial, quando aparecia nos censos de época, qualificando a população livre. [...]. Reforçava-se, desta maneira, a liberdade como atributo específico dos ‘brancos’ e a escravidão, dos ‘negros’. Os ‘pardos’, fossem negros ou mestiços, tornavam-se, nesta forma de enunciação, necessariamente exceções controladas. (MATTOS, Hebe Maria. *Das cores do silêncio: os significados da liberdade no sudeste escravista, Brasil Século XIX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 30).

despejando continuamente no país (e nesta época em grandes proporções) novas e novas levas de africanos de baixo nível cultural, ignorantes ainda da língua e inteiramente desambientados, neutralizava a ação dos escravos já radicados no país e por isso mais capazes de atitudes políticas coerentes. É preciso levar em conta também a divisão reinante entre grupos de escravos oriundos de nações africanas distintas e muitas vezes hostis umas às outras; coisa de que a administração pública e os senhores sempre cuidaram muito, procurando impedir a formação de aglomerações homogêneas.¹³⁸

Paralelamente, e com maior ênfase, os ibéricos entenderam que a exploração somente seria exitosa com a imposição de um sistema punitivo extremamente severo, impiedoso, cuja legitimação ficou sob a incumbência de uma coletânea de normas esparsas em atos normativos¹³⁹ e nas Ordenações do Reino.¹⁴⁰ De fato, “as formações sociais escravistas tornaram-se organizações político-econômicas altamente articuladas, com os seus centros de poder, princípios e procedimentos de mando e execução, técnicas de controle e repressão.”¹⁴¹ Com efeito, Paulo Mercadante ressalta que:

A escravatura realiza-se em toda a sua plenitude; o terror se proclamava como indispensável à existência do instituto. Certo fazendeiro paulista diria ao Congresso Agrícola do Sul que não era com sistema ordinário de penalidade, com princípios filantrópicos, que se podia sustentá-la.¹⁴²

Nesta conjuntura, Arno Wehling e Maria José Mesquita Cavalleiro de Macedo Wehling observam, em relação à organização do sistema de justiça e do Estado brasileiro, que “a sociedade colonial era particularmente violenta e isto se refletia nos litígios levados à justiça. Os processos criminais eram em número significativo e, neles e em outros tipos de causas, a presença dos escravos não foi desprezível.”¹⁴³ Sob o aspecto material, entretanto, a aplicação destas normas sofreu nuanças. O direito foi apenas um dos instrumentos para assegurar a hegemonia política e econômica da Metrópole. O objetivo da Coroa era completamente alheio a qualquer propósito de justiça para a população, uma vez que:

¹³⁸ *História econômica do Brasil*. 42. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 142.

¹³⁹ Por exemplo: Cartas de Doação, Forais, Cartas Régias, Alvarás e Regimentos dos Governadores Gerais.

¹⁴⁰ As Ordenações, compilações de leis e costumes, eram compostas por cinco livros: I (Cargos e atribuições públicas, civis e militares), II (Legislações referentes ao clero e à nobreza), III (Processo civil), IV (Direito civil: obrigações, contratos, propriedade e família) e V (Direito e processo criminal). Em relação ao último, entre outras espécies de punição, havia a pena de morte, as mutilações, os açoites, as marcas de fogo e a tortura como meio para obter a confissão. Elas possuíam três edições: Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). As Ordenações Filipinas gozaram do maior período de vigência, pois, na disciplina do direito e processo criminal, somente foram revogadas com o advento do Código Criminal do Império, em 1830, e do Código de Processo Criminal do Império, em 1832, respectivamente. Entretanto, com a outorga da Constituição do Império, de 1824, algumas normas das Ordenações não foram recepcionadas. Após a independência política, em 1822, a vigência das Ordenações Filipinas ficou sob a orientação da Lei de 20 de outubro de 1823.

¹⁴¹ IANNI, Octavio. *Escravidão e racismo*. São Paulo: Editora Hucitec, 1978, p. 11.

¹⁴² *A consciência conservadora no Brasil: contribuição ao estudo da formação brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks; Universidade Editora, 2003, p. 207.

¹⁴³ *Direito e justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 496-497.

O governo português ultramar evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial, pois seu interesse maior era criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação.¹⁴⁴

No plano abstrato, um dos principais objetivos das compilações foi substituir a justiça privada pela justiça pública.¹⁴⁵ Por outro lado, no plano concreto, podem ser apontadas como características do modelo jurídico colonial a segregação e a discricionariedade. Esta, principalmente em virtude de que “o Direito empregado, no período das capitânicas hereditárias, na prática, era quase o arbítrio dos donatários.”¹⁴⁶ Aquela, em face de que os negros foram as principais vítimas do regime de opressão; neles, o destino do pau e do chicote.¹⁴⁷ “Nada mais se queria dele, e nada mais se pediu e obteve que a sua força bruta, material. Esforço muscular primário, sob a direção e açoite do feitor.”¹⁴⁸ Na mesma perspectiva, Jacob Gorender denuncia:

Os escravos sempre sofreram as penas mais pesadas e infamantes. As mutilações não só foram previstas pelo direito romano como também pelo Código Filipino português e pelas várias legislações penais das colônias americanas, num momento ou noutro, inclusive no Brasil.¹⁴⁹

Além dos aspectos abordados, o instituto da escravidão logrou tantos dividendos em virtude do papel desempenhado pela Igreja na condução do poder. Desde o início, estabeleceu-se uma relação estreita entre o cristianismo e a escravidão. No período colonial, a tradição ocidental engendrou a teoria da “guerra justa”, segundo a qual os opositores à doutrina cristã

¹⁴⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63.

¹⁴⁵ Em sentido diverso, António Manuel Hespanha aduz: “Na época moderna, o público e o particular não eram concebidos como opostos, nem constituíam realidades contraditórias. Tratava-se de uma sociedade na qual as relações sociais eram regidas por diferenças de nascimento, honra e riqueza: ocupando lugares diversos numa rede ordenada e hierarquizada de posições, todos tinham seus dependentes e, ao mesmo tempo, estavam submetidos ao poder de alguém. Em graus diversos, todos possuíam direitos e privilégios, mas também tinham deveres e obrigações. Por isso mesmo, a finalidade última do poder monárquico era garantir a harmonia entre esses diferentes poderes, de modo a alcançar o bem comum.” (apud LARA, Silvia Hunold. *Senhores da régia jurisdição: o particular e o público na Vila de São Salvador dos Campos dos Goitacases na segunda metade do século XVIII*. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil: ensaios de história social*. Campinas, SP: Unicamp, 2006, p. 60).

¹⁴⁶ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 63.

¹⁴⁷ “Quem ficar apenas nos textos legais nunca saberá do que realmente se passou. As Ordenações, por ora Manuelinas e a partir do início do século XVII Filipinas, são apenas um pano de fundo para um exercício pouco regulamentado, e às vezes desregulamentado, do poder punitivo. Aos donatários delegava o rei poder punitivo. Na carta através da qual Duarte Coelho se imitia no governo do que seria Pernambuco, sua jurisdição criminal tinha alçada até a pena de morte – para escravos, índios e livres pobres (‘peões cristãos homens livres’) – e até dez anos de degredo ou cem cruzados para ‘pessoas de mor qualidade’, salvo naturalmente os casos de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, nos quais o poder punitivo represado para a constituição dos estados nacionais precisava romper os estatutos pessoais privilegiados.” (BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 150). (Homenagem a Alessandro Baratta, 1).

¹⁴⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000, p. 280.

¹⁴⁹ *O escravismo colonial*. 4. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 94.

deveriam ser escravizados. No máximo, “a Igreja limitava-se a recomendar benevolência ao senhor e resignação ao escravo; o pecado do senhor era a crueldade, o pecado do escravo era a revolta – uma teologia com óbvias implicações conservadoras.”¹⁵⁰ Neste particular, narrou Luís Anselmo da Fonseca:

Um vigário de uma das villas (*sic*) do norte da província, durante o tempo em que residiu n’esta (*sic*) cidade, na freguesia de S. Pedro, foi igualmente censurado pela imprensa, pelos tratos bárbaros, selvagens e horrendos com que victimava (*sic*) uma escrava sua, a qual foi até uma vez queimada com ferro em braza (*sic*). [...]. A Constituição do Imperio (*sic*) diz no Art. 179, § 19: “Desde já ficão (*sic*) abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis (*sic*)”. Mas isso só se entende com os senhores. Para os escravos a lei é outra. Eis o systema (*sic*) corruptor e depravado de dupla justiça e de dupla moral de que fala Charles Comte e que se admite nos paizes (*sic*) em que existe a escravidão. Aquella (*sic*) é a constituição escripta (*sic*) e morta. A constituição – viva nos costumes – é outra. Ora, que se poderia esperar d’ahi (*sic*)? Sem duvida (*sic*) um conflito entre as duas, o qual terminaria pela morte da primeira, como aconteceu entre nós. Com efeito (*sic*): tudo quanto n’este (*sic*) paiz (*sic*) os senhores tem feito e fazem com os escravos, os poderosos fazem com os fracos. [...]. Um jovem escravo de um padre, residente no interior, foi visto por varias (*sic*) pessoas, e entre ellas (*sic*) pela que nos referiu este facto, e em cujo testemunho tanto acreditamos como no de nossa consciência, com as pernas tumefeitas e os tornozelos ulcerados pela acção (*sic*) prolongada do lenho duro do tronco, no qual esteve por muito tempo aprisionado, e onde foi açoitado, afim (*sic*) de ser punido pelo *crime* de fuga. Debalde o Codigo (*sic*) Criminal prohiu (*sic*) nos Arts. 189 e 190 as prisões em cárceres privados, os grandes senhores brasileiros, quasi (*sic*) todos, possuem em suas fazendas tronco para seus escravos e para os cidadãos pobres, que vivem em sua dependência (*sic*).¹⁵¹

Em 1534, com a divisão do território em doze capitanias, os donatários ficaram responsáveis pela jurisdição civil e criminal. A contenção dos homens por intermédio do terror e do sangue sempre consistiu em uma peculiaridade dos julgamentos na Colônia, mesmo após a transferência do exercício do poder, em 1549, para os governadores gerais. A propósito, “a estrutura judiciária no período colonial se implantou no Brasil a partir de 1549, com a chegada do primeiro ouvidor-mor, o desembargador Pero Borges, considerado a maior autoridade da justiça, e o provedor geral da fazenda, Dr. Antônio Cardoso de Barros.”¹⁵² À época, os gestores das capitanias poderiam impor a pena de morte aos gentios, peões e homens livres, sem qualquer possibilidade de recurso da decisão.

3.2 A inquisição e os tormentos

¹⁵⁰ COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1999, p. 354.

¹⁵¹ *A escravidão, o clero e o abolicionismo*. Edição fac-similar de 1887. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 1988, p. 421-423.

¹⁵² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro*. Das origens lusas à escola crítica do processo. São Paulo: Manole, 2002, p. 212.

A evolução científica dos sistemas processuais penais, no direito comparado, admite três classificações: i) inquisitivo; ii) acusatório e iii) misto ou eclético. As divergências entre os regimes resumem-se no exercício das funções inerentes ao trâmite processual, na iniciativa de produção de provas, na garantia da isonomia das partes (“paridade de armas”) e nos requisitos para o cerceamento da liberdade do indivíduo.

O processo penal inquisitivo caracteriza-se pela possibilidade de concentração das funções de julgar, acusar e defender na atividade do magistrado. O rol de garantias processuais do acusado, principalmente o contraditório e a ampla defesa, praticamente inexistem. A acusação possui proeminência perante a defesa. Em face da relativização da presunção de inocência, a decretação da prisão cautelar torna-se a regra. Vigem, a rigor, a máxima do processo penal medieval, segundo a qual o réu, se inocente, não precisa de advogado; se culpado, não merece. Nesta conjuntura, a inquisição, como método arbitrário de obtenção de provas, sempre gozou de muito relevo. Conforme a ponderação de Nilo Batista:

A importância do estudo da inquisição não se prende apenas ao extenso campo de sua herança propriamente jurídico-penal, da influência direta que exerceu sobre a forma e o fundo dos sistemas penais da Europa católica, influência esta que o empreendimento colonizador transferiria para a América Latina. A inquisição nos revela com nitidez os laços íntimos que se estabelecem entre um projeto político e o sistema penal que lhe dá sustentação, e de que forma o segundo se adapta plasticamente aos movimentos do primeiro, dissimulando freqüentemente (*sic*) no discurso judiciário condenatório a manobra política agressiva. Mas a inquisição nos revela também, pela primeira vez na história, como o sistema penal pode adquirir uma certa autonomia que o desvincule do projeto político que o criou, e como essa poderosa criatura, a serviço de correntes específicas, pode usar conjunturalmente suas armas prestigiadas e ferozes. A inquisição nos permite compreender que o *dogmatismo legal*, com sua aversão ao pluralismo jurídico, é condição necessária para uma *criminalização do diferente*, criminalização esta que sinaliza a coercitividade do consenso e o reforça através da manipulação dos sentimentos ativados pelo episódio judicial. Esses mecanismos, que ligam o uso do delito de heresia ao projeto político do papado, sobreviveram à descriminalização histórica da heresia, e ainda podem ser entrevistados em plena vitalidade no século que ora se encerra, com facilidade em conjunturas mais claramente politizadas (judeus perante a ordem nazista, socialistas perante os tribunais militares do Cone Sul etc.), porém sem muito esforço mesmo quando as variáveis políticas estejam encobertas (a “guerra santa” contra as drogas e o traficante-heredeiro que pretende apossar-se da alma de nossas crianças).¹⁵³

O acusatório, entretanto, possui uma natureza diametralmente oposta. Há delimitação absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo tais encargos exercidos por pessoas distintas. Há um equilíbrio entre defesa e acusação no processo criminal. Em regra, os atos processuais são públicos e a iniciativa das provas é de incumbência das partes. O direito à

¹⁵³ *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2002, p. 238. (Coleção pensamento criminológico, 5).

liberdade goza de prestígio, exceto quando, comprovados os requisitos previstos em lei, restar demonstrada a necessidade e a adequação da segregação compulsória.

O processo misto ou eclético traduz a junção de características do inquisitivo e do acusatório. Contempla-se, entre outros, o princípio da presunção de inocência, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, como modelo processual intermediário, acomodam-se concomitantemente a faculdade do juiz desencadear a produção de provas e a possibilidade de restrição da natureza pública do processo penal. Em relação ao período colonial, a legislação, baseada no uso indiscriminado das devassas gerais e especiais, instituiu o sistema inquisitivo. Sobre esta sistemática, Antônio Alberto Machado esclarece que:

O processo penal português sempre sofreu a influência de toda a legislação vigente na Idade Média, ou seja, do direito romano, das leis bárbaras e do processo eclesiástico, notadamente deste último pela forte influência da Inquisição em Portugal. Por isso que, desde a legislação foraleira até as Ordenações do Reino, o processo português trazido para a colônia sempre expressou também o autoritarismo, a inquisitorialidade, os privilégios e a hierarquia social característica da Idade Média.¹⁵⁴

No âmbito da estrutura da justiça, a Casa da Suplicação, com sede na Metrópole, era a instância máxima. Em sequência, conforme a hierarquia: Desembargo do Paço, Corregedores da Corte dos Feitos Crimes, Corregedores da Corte dos Feitos Cíveis, Juízes dos Feitos do Rei da Coroa e Juízes dos Feitos do Rei da Fazenda. O Promotor da Justiça era escolhido dentre os Desembargadores da Casa da Suplicação.

Os inquéritos eram presididos pelos juízes de fora, nomeados pelo Rei de Portugal, ou pelos juízes ordinários, eleitos por “homens bons”. Este sistema elegia dois juízes ordinários e três vereadores, cujo objeto de deliberação eram os negócios públicos locais. Encontravam-se excluídos da categoria os operários, os estrangeiros, os degredados e os judeus. Para Maria Isaura Pereira de Queiroz:

Eram, pois, verdadeiros chefes de bandos armados (compostos de escravos, agregados, afilhados e homens d’armas mercenários) os “homens bons” que concorriam às assembleias das Câmaras Municipais para eleger seus representantes constituídos pelos juízes ordinários e vereadores.¹⁵⁵

A justiça eletiva, com atuação nos municípios, constituía-se em um dos principais instrumentos de dominação dos senhores de engenho. Era o poderio privado, com o beneplácito da Coroa, usurpando as atribuições do poder público. À medida em que esta relação de forças passou a comprometer as estratégias de apropriação da Metrópole, os juízes ordinários, eletivos,

¹⁵⁴ *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28.

¹⁵⁵ *O mandonismo local na vida política brasileira*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros, 1969, p. 11.

foram sendo substituídos pelos juízes de fora, de nomeação régia, recrudescendo a autoridade da Coroa no exercício do governo local. Sob tal ângulo:

Não é difícil imaginar-se, dentro do quadro descrito, como as atribuições judiciárias e policiais das autoridades da Colônia, completadas por um sistema processual iníquo, ajudaram a construir a prepotência do senhorio rural e, mais tarde, principalmente pelas mãos dos ouvidores e juízes de fora, favoreceram a submissão daqueles rebeldes colonos ao poder da Coroa.¹⁵⁶

Os procedimentos da investigação criminal, principalmente com a vigência das Ordenações Filipinas, a partir de 11 de janeiro de 1603, divergiam conforme a natureza do crime. Nos crimes públicos, a acusação era precedida das seguintes etapas: i) querela ou denúncia; ii) caução das custas; iii) emenda e satisfação; iv) corpo de delito e v) pronúncia ou devassa. Em relação aos delitos particulares, o rito era decomposto em quatro fases: i) querela; ii) inquirição sumária; iii) corpo de delito; e iv) pronúncia.

A persecução criminal, nos delitos de natureza pública, poderia ser desencadeada por qualquer cidadão. Nos crimes de feição particular, esta iniciativa restringia-se à parte que sofreu a ofensa. A comunicação ao juízo, acerca do cometimento do fato, materializava-se por intermédio de quatro modalidades: querela, denúncia, devassa e inquirição.

A querela consistia na delação de um fato considerado criminoso. Nos crimes públicos, qualquer pessoa poderia propor a querela. Nos particulares, contudo, apenas as partes ofendidas. Em ambos os casos, havia a necessidade de lavratura do “auto de querela”. O conteúdo da peça deveria prever o juramento de calúnia, os nomes do queixoso e do querelado, o reconhecimento da pessoa do queixoso, os nomes das testemunhas, a declaração do tempo e lugar do delito e a caução, quando realizada por pessoa do povo. O prazo de apresentação da querela era de um ano, a partir do delito.

Denúncia era a comunicação realizada ao juiz acerca da ocorrência de um crime de perfil público, no sentido de que a autoridade atuasse de ofício. Assemelhava-se ao que, atualmente, se entende por “notitia criminis”, realizada perante a delegacia de polícia. Esta ciência referia-se à existência ou à autoria de um crime; porém, com uma peculiaridade: o denunciante não tinha interesse próprio no desfecho do fato; ele não era parte propriamente dita.

A denúncia somente era cabível nos crimes que admitissem a devassa ou, pelo menos, nas circunstâncias em que a lei expressamente a facultava, a exemplo da utilização de armas defesas, blasfêmia, moeda falsa e ocultação de ouro. Nestes casos, era exigível a fiança, oportunidade na qual a denúncia e a querela oferecida por qualquer pessoa fundiam-se nas

¹⁵⁶ LEAL, Víctor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 217.

mesmas características. Em virtude de o autor da denúncia não se encontrar na posição de parte ativa da investigação, o único requisito exigido era o juramento. Registrado o teor da imputação, porventura não perceptíveis os elementos do crime, o denunciante era condenado no pagamento de custas.

A devassa, por sua vez, era a inquirição para informação sobre o cometimento de delitos, realizada sem a citação da parte e como instrumento de atuação oficial do magistrado. Existiam duas espécies de devassa: geral e especial. A devassa geral era utilizada nos casos em que a existência do crime era incerta. A devassa especial supunha a existência do crime; entretanto, incerto permanecia o nome do autor do fato.

Como a devassa tramitava à revelia do suposto criminoso, a próxima etapa do procedimento consistia na inquirição judicial das testemunhas, ocasião em que eram “reperguntadas” e suas respostas confrontadas na presença do imputado. Esta formalidade era excepcionada em duas situações: na hipótese de prisão preventiva e quando o próprio investigado autorizava a dispensa da reiteração, devendo a autoridade interpretá-la como inquirição judicial.

A devassa geral deveria ser concluída em um prazo de trinta dias, após o seu início. A especial deveria começar em oito dias, depois do sucesso, e ser finalizada em trinta dias. O termo inicial era dilatado no caso de flagrante delito e de incêndio. Tendo em vista que não havia uma entidade responsável exclusivamente pela prevenção e repressão de crimes, os juízes acumulavam as funções policiais e judiciais. Sob tal organização, a competência para o processamento da devassa geral era dos juízes de fora, dos juízes ordinários e dos corregedores. Em relação à devassa especial, competentes eram os magistrados do território onde foi consumado o delito ou de outros juízes designados para o fato.

A legislação previa expressamente os casos em que a devassa era admissível. A título de ilustração, a devassa geral era cabível nos casos de uso indevido de Dom, dos carcereiros que deixam andar os presos soltos ou os impelem ao vexame e da venda ou empenho de bens da Igreja. Por seu turno, a especial era adotada nas hipóteses de homicídio, moeda falsa, estupro, sátiras, libelos famosos e cárcere privado, entre outras.

A pronúncia ou sentença de pronúncia era a decisão que declarava o réu suspeito do crime objeto da devassa ou da querela registrada. Nesta oportunidade, o magistrado qualificava o delito e o suposto criminoso. A *pronuntiatio* exigia a verificação do corpo de delito e os indícios de autoria. Esta fase encerrava a formação da culpa e consistia no termo inicial do julgamento propriamente dito.

A confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos constituíram-se nos elementos de fundamentação das sentenças. Os tormentos funcionaram como perguntas judiciais dirigidas ao réu nos crimes graves, a fim de compeli-lo a narrar a provável verdade por intermédio de tratos no corpo. Em um registro deste mecanismo de coação, Candido Mendes de Almeida narra que:

Pelo Desembargador Presidente foi mandado que o réo (*sic*) se despiasse, e assentasse no *potro* (*sic*), e depois de assentado nelle (*sic*), foi atado, e lhe forão (*sic*) atados os braços por Fulano *Ministro da Justiça*, e logo o dito Desembargador lhe tornou a dizer que declarasse ele réo (*sic*) o que sabia acerca do dito delicto (*sic*); e por o dito réo (*sic*) dizer que nada sabia, mandou se lhe desse *primeira volta* nos braços, e sendo apertado pelo dito Ministro, lhe tornou o dito Desembargador a fazer a mesma pergunta, e o dito réo (*sic*) tornou a dizer a terceira vez que nada sabia, e logo o dito Desembargador lhe mandou dar *segunda volta*.¹⁵⁷

A tortura ou *quoestio*, para os romanos, era executada ocultamente, após uma acusação escrita e mediante ordem judicial. Somente participavam da sessão o julgador, o escrivão e o algoz, chamado de ministro. Posteriormente, em virtude das sequelas dos castigos, acrescentou-se um médico. Neste particular, João Mendes de Almeida Júnior leciona que:

A *esquissa* ou inquérito e o processo secreto desenvolveram, pois, o uso da tortura, em consequência dos preconceitos que levaram a jurisprudência a formular, como regra essencial, a necessidade da confissão do acusado. O juiz, habituado a fundar toda a instrução nas contínuas perguntas ao réu, buscava todos os meios de extorquir esta confissão, ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, se ainda assim nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos.¹⁵⁸

Saliente-se, todavia, que as Ordenações Filipinas eximiram determinadas pessoas de se submeterem a este meio de prova, a exemplo dos nobres, doutores em leis ou em física, velhos, mentecaptos, soldados, vereadores, letrados e menores de quatorze anos. Mesmo beneficiadas com estas prerrogativas, tais pessoas poderiam ser impelidas aos tratos do corpo quando o crime praticado fosse o de lesa-majestade, cárcere privado, feitiçaria e falsidade.

O processo criminal era de duas categorias: ordinário ou sumário. O processo ordinário estabelecia uma ordem mais solene de atos processuais, divididos em atos preparatórios, atos médios e atos posteriores. Havia previsão de citação, alegações de defesa, sentença e recurso. Por outro lado, o processo sumário era admissível nos crimes leves e, também, nos crimes mais graves, puníveis com a pena de morte.

Quando presente a hediondez do delito, a citação era dispensada, assim como a necessidade de que as testemunhas se tornassem judiciais. Configurada esta hipótese, a defesa

¹⁵⁷ *Ordenações filipinas*: livros IV e V. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 1.315.

¹⁵⁸ *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 138. v. I.

era processada em termo breve. Em síntese, pode-se afirmar que a restrição da liberdade reclamava, como regra, a formação da culpa contra o réu e a lavratura de um mandado judicial. A prisão cautelar, isto é, decretada antes do julgamento do processo criminal, subdividia-se em duas espécies: i) em flagrante e ii) preventiva.

O flagrante delito, oriundo do vocábulo grego *flegein*, isto é, queimar, era reconhecido em duas situações. Primeiramente, quando o preso fosse encontrado no ato de cometimento do crime. Consoante a outra classificação, a flagrância restaria caracterizada quando o suposto autor do delito, pouco após a consumação do fato, estivesse sob perseguição. A configuração do flagrante delito resultava na produção de um duplo efeito.

Com efeito, constituído os elementos do crime, inclusive diagnosticado o seu autor, o juiz ficava legitimado a adotar todos os procedimentos de ofício, ou seja, sem provocação de nenhuma parte. Além disso, qualquer pessoa ficava autorizada a efetuar a prisão do autor do delito. Entretanto, em ambas as hipóteses de prisão em flagrante, o preso, antes de ser enviado para a cadeia, deveria ser apresentado ao magistrado. Em relação à prisão preventiva, os requisitos autorizadores restringiam-se a dois. Em primeiro lugar, quando o crime merecesse a pena de morte natural ou de morte civil. Em sequência, quando pronunciado o réu. Neste caso, excepcionalmente, a prisão se prolongaria, pelo menos, até a data do julgamento. É que havia três espécies de pronúncia:

A pronúncia era *ordinária*, *especial* ou *de réo (sic) capiendo*: *ordinária*, nos crimes em que o réu se livrava solto (*sic*); *especial*, nos crimes em que o réu se livrava seguro, afiançado ou preso; a *de réo (sic) capiendo* tinha lugar nos crimes mais graves em que a prisão deveria inflexivelmente (*sic*) continuar até o julgamento.¹⁵⁹

Saliente-se que, tanto em sede de flagrância quanto punível o delito com a morte natural ou civil, a culpa deveria ser formada no prazo de oito dias. Acaso extemporâneo o termo final, o réu deveria ser imediatamente contemplado com a sua liberdade. Em relação às penas, o seu catálogo penas era cruelíssimo. O degredo, considerado pena leve, tinha como destino mais comum o continente africano. Os açoites eram executados em público; com dois objetivos: punir e intimidar. Para alguns, as mãos eram decepadas ou mutiladas outras partes do organismo. Os condenados a cumprir galés eram impelidos a remar em embarcações.

A morte civil consistia na perda de direitos e do prestígio social. De forma semelhante, a morte atroz tinha por princípio a adoção de circunstâncias que agravavam a morte, a exemplo do confisco de bens. A morte cruel era a aplicada paulatinamente, por meio do fogo, do esquartejamento ou do sepultamento do condenado ainda vivo. Na morte na forca para sempre,

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 327.

o cadáver ficava exposto até o estado de putrefação. Por outro lado, a morte natural era obtida por intermédio do uso de veneno, golpe ou sufocação. Sobre este aspecto do aparato colonial, Carlos Guilherme Mota e Adriana Lopez lecionam que:

A violência da justiça manifestava-se nas prisões arbitrárias, nos castigos exemplares que eram ministrados aos criminosos e na aplicação da pena de morte. Os rigores da lei afetavam especialmente a população mais pobre da colônia e aqueles que não eram proprietários. Os transgressores esperavam suas sentenças durante anos a fio, frequentemente porque não podiam pagar um escrivão. A população de cor – negros forros e mestiços – era castigada com maior severidade. Nas regiões em que a presença da Coroa era mais distante, os grandes proprietários de terras exerciam considerável autoridade administrativa e judicial. No sertão, os potentados impunham seus interesses à população livre, do alto de seus postos de coronel e capitão-mor da milícia.¹⁶⁰

Ressalte-se que, no período das Ordenações do Reino, a concepção de um fato aparentemente irrelevante como crime sempre possuiu conotação com a realeza, com o paradigma de um sistema colonizador. “Nesse período, os crimes representavam faltas morais, religiosas ou atentavam contra a vontade do soberano.”¹⁶¹ A abrangência da cultura penal luso-brasileira cindiu o crime de lesa-majestade em duas categorias: os de primeira cabeça e os de segunda cabeça.

Aqueles eram consumados por intermédio de uma ofensa direta à pessoa do rei; em razão da magnitude da lesão, a pena a ser aplicada deveria ser a ‘morte natural cruelmente’, isto é, a execução pública do agressor por meio de torturas. Estes, representados por condutas menos graves, se manifestavam em virtude do comprometimento da imagem do rei; “tais não eram punidas com a pena de morte, mas com castigos corporais determinados segundo ‘a condição social das pessoas, a qualidade do crime e as prescrições do Direito’.”¹⁶² Nesta conjuntura, Manoel Barros da Motta acentua que:

Todo crime na panóplia punitiva do Antigo Regime atingia a pessoa do rei, que era *fons justitiae*. Todos continham, em si, um elemento de lesa-majestade. Dessa maneira, na sua fórmula própria, esse crime era o alfa e o ômega do sistema penal, que submetia à “morte natural cruelmente” os que atentavam diretamente contra o soberano. [...]. Lesa-majestade, ou “traição contra a pessoa do Rei ou seu Real Estado”, era “tão grave e abominável crime” que era comparado à lepra, objeto de exclusão na sociedade medieval.¹⁶³

Como regra, as Ordenações Filipinas não previram a prisão como pena propriamente dita; isto é: síntese de um processo criminal. Com efeito, até o fim do século XVIII, na Europa

¹⁶⁰ *História do Brasil*: uma interpretação. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2008, p. 266.

¹⁶¹ SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, crime e processo criminal. A administração da justiça na Primeira República (1889-1930). In: BUENO, Roberto. (Org.). *Os limites da liberdade*: estudos jurídicos e sociológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 102.

¹⁶² RI JÚNIOR, Arno Dal. *Ibidem*, p. 138.

¹⁶³ *Crítica da razão punitiva*: o nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 27-28.

e, principalmente, na América, predominavam como modalidades de punição a pena de morte, a fiança, a escravidão nas galés e os castigos corporais. A prisão representava a detenção do autor de um delito, a fase anterior aos castigos físicos ou a escravidão nas galés. Neste particular, a prisão, como forma essencial de pena, significou a “humanização” parcial do direito penal, haja vista que, conforme o magistério de Michel Foucault, “na realidade a prisão – e muitos países, nesse ponto, estavam na mesma situação da França – tinha apenas uma posição restrita e marginal no sistema de penas.”¹⁶⁴ Além disso, seu emprego era flexível, conforme o estrato social do suposto criminoso. Ressalte-se, neste sentido, que:

As respostas do poder, não somente pela magnitude das penas, mas também pelo caráter seletivo que norteou a sua ação desde a distribuição dos pasquins, indicam a importância que conferiu ao problema político que emergiu e acabou por ganhar contornos de dramaticidade. Assim como uma década antes, quando da execução de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, no Rio de Janeiro, a teatralização de punição e clemência teve uma dimensão assumidamente de pedagogia política.¹⁶⁵

No Brasil, nas hipóteses em que a natureza do delito determinava a restrição da liberdade, o acusado deveria permanecer preso até a sentença, quando então era executada a pena. Excepcionalmente, quando admissível a pena de prisão, o termo final não poderia ser superior a quatro meses, conforme o livro V, título CXXXIX:

E quanto aos que stiverem (*sic*) presos em algumas Cidades, Villas (*sic*), ou lugares de nossos Reinos, que não forem deteuídos (*sic*), salvo por custas, que devão (*sic*) a quaisquer Officiaes (*sic*), que não sejam (*sic*) da Côrte (*sic*) e Caza (*sic*) da Supplicação (*sic*), nem do Porto, sendo tão pobres, que não tenham (*sic*) por onde pagar, e stando (*sic*) quatro mezes (*sic*) na Cadèa (*sic*), depois das sentenças, que contra eles forão (*sic*) dadas, passadas em cousa (*sic*) julgada, pagando ametade (*sic*) das ditas custas aos Officiaes (*sic*), a que foram devidas, não sejam mais reteuídos (*sic*) pola (*sic*) outra ametade (*sic*), antes sejam (*sic*) logo soltos, e fique seu direito resguardado aos ditos Officiaes (*sic*), para haverem a outra metade pelos mesmos presos, que assi (*sic*) mandamos soltar, se em algum tempo vierem a ter per (*sic*) onde pagar.¹⁶⁶

Em uma sociedade caracterizada pela desigualdade, arbitrariedade e violência, as punições eram aplicadas segundo o estamento social dos condenados. A justiça criminal na colônia, reflexo da hierarquia, da concentração da propriedade e do poder político, consagrava um sistema de direitos e privilégios para algumas pessoas. “Castigo existia, sobretudo, para índios, escravos e peões. O pelourinho, símbolo da justiça, era monumento obrigatório nas vilas e muita gente permaneceu presa, indefinidamente, à espera de julgamento.”¹⁶⁷ Consoante o argumento de Eduardo Bueno,

¹⁶⁴ Ibidem, p. 97.

¹⁶⁵ JANCSÓ, István. *Na Bahia, contra o Império: história do ensaio de sedição de 1798*. 2. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2010, p. 157.

¹⁶⁶ ALMEIDA, Candido Mendes. Ibidem, p. 1.318.

¹⁶⁷ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Impunidade no Brasil – Colônia e Império. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004, p. 184-185.

Os crimes eram punidos de acordo com a *qualidade* do infrator, conforme fosse ele um “peão” ou um “fidalgo”. Aos “peões” (“homens a pé”, já que não podiam servir o rei a cavalo), estavam reservados os açoites e a pena vil (pena de morte); aos “fidalgos” (“filhos de algo”), que eram considerados “gente limpa e honrada”, não se aplicavam nem os açoites nem a pena capital.¹⁶⁸

“A sentença era proferida de acordo com a lei e o arbítrio do magistrado. A lei prescrevia castigo para quase todos os crimes, mas os juízes podiam abrir exceções em virtude de idade, saúde e posição social.”¹⁶⁹ Como ressaltou Euclides da Cunha, no período colonial, “o Brasil era a terra do exílio; vasto presídio com que se amedrontavam os heréticos e os relapsos.”¹⁷⁰ Destaque-se, nesta conjuntura, a situação dos escravos: “O escravo era encarado, desde o direito romano, como um *inimigo: inimigo doméstico*, justificando a seu respeito uma legislação de exceção, e um *inimigo público*, sempre pronto a rebelar-se.”¹⁷¹ A propósito, o registro de André João Antonil:

No Brasil, costumam dizer que para o escravo são necessários três PPP, a saber, pau, pão e pano. E, posto que comecem mal, principiando pelo castigo que é o pau, contudo, prouvera a Deus que tão abundante fosse o comer e o vestir como muitas vezes é o castigo, dado por qualquer causa pouco provada, ou levantada; e com instrumentos de muito rigor, ainda quando os crimes são certos, de que se não usa nem com os brutos animais, fazendo algum senhor mais caso de um cavalo que de meia dúzia de escravos, pois o cavalo é servido, e tem quem lhe busque capim, tem pano para o suor, e sela e freio dourado. [...]. Castigar com ímpeto, com ânimo vingativo, por mão própria e com instrumentos terríveis e chegar talvez aos pobres com fogo ou lacre ardente, ou marcá-los na cara, não seria para se sofrer entre bárbaros, muito menos entre cristãos católicos. O certo é que, se o senhor se houver com os escravos como pai, dando-lhes o necessário para o sustento e vestido, e algum descanso no trabalho, se poderá também depois haver como senhor, e não estranharão, sendo convencidos das culpas que cometeram, de receberem com misericórdia o justo e merecido castigo. [...]. Ver que os senhores têm cuidado de dar alguma coisa dos sobejos da mesa aos seus filhos pequenos é causa de que os escravos os sirvam de boa vontade e que se alegrem de lhes multiplicar servos e servas. Pelo contrário, algumas escravas procuram de propósito aborto, só para que não cheguem os filhos de suas entranhas a padecer o que elas padecem.¹⁷²

As Ordenações, no título CXXXVIII, estabeleceram a pena de açoites e a de degredo com baração e pregão como penas vis.¹⁷³ A primeira, consistente em castigos corporais, era

¹⁶⁸ BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, p. 59.

¹⁶⁹ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. Tradução de Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 118-119.

¹⁷⁰ *Os sertões*: campanha de Canudos. 39. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora; Publifolha, 2000, p. 78.

¹⁷¹ MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*: ensaio jurídico, histórico, social. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 52. v. I.

¹⁷² *Cultura e opulência do Brasil por suas drogas e minas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011, p. 108-110.

¹⁷³ “Para que se saiba, quaes (*sic*) devem ser relevados de haver pena de açoites (*sic*), ou degredo com baração e pregão, por razão de privilégios, ou linhagem, mandamos que não sejam executadas as taes (*sic*) penas em os Scudeiros (*sic*) dos Prelados, e dos Fidalgos, e de outras pessoas (*sic*) que costumão (*sic*) trazer Scudeiros (*sic*) á (*sic*) cavalo, ora o cavalo seja do Scudeiro (*sic*), ora de seu Senhor, nem em moços da Estribeira nossos, ou da Rainha, Príncipe (*sic*), Infantes, Duques, Mestres, Marquezes (*sic*), Prelados, Condes, ou de qualquer do nosso

equivalente à pena de morte, haja vista a gravidade das lesões físicas. A segunda, conhecida como degredo com gargalheira, manifestava-se pelo transporte de pessoas por intermédio de uma corrente fixada ao pescoço. “Não só as penas, todavia, constituíam a face cruel da justiça medieval. Cumpre lembrar que o processo era eivado de torturas e provas atrozes, com abundante apelo às ordálias.”¹⁷⁴ Com o desiderato de obterem a confissão, as autoridades infligiam ao acusado intensos sofrimentos físicos, como a submissão ao ferro em brasa e à água fervente. Além destas penas, eram consideradas vis a marca nas costas, as galés, a forca e a amputação de membros. Os peões, geralmente pobres, negros e hereges, sofriam todos os tipos de penas.

3.3 Os juízes de paz e a reforma processual de 1841

A independência política do Brasil, em 7 de setembro de 1822, provocou algumas transformações, inclusive no cenário jurídico. Outorgada em 25 de março de 1824, a Constituição do Império, inspirada no constitucionalismo inglês, representou um marco institucional na história do país. A ruptura não significou, entretanto, um abalo na estrutura da escravidão. As críticas, mais constantes, ocuparam as tribunas, os parlamentos, os folhetins. Em relação ao século XIX, Manuela Carneiro da Cunha destaca a sua singularidade para a compreensão da história do Brasil:

O século XIX é um século heterogêneo, o único que conheceu três regimes políticos: embora dois terços do período se passem no Império, ele começa ainda na Colônia e termina na República Velha. Inicia-se em pleno tráfico negreiro e termina com o início das grandes vagas de imigrantes livres. É, como se sabe, um período de tensão entre oligarquias locais e surtos de centralização do poder. É também um século em que o Brasil, à sua maneira, se moderniza: à sua maneira, porque o poder e os privilégios pouco mudam.¹⁷⁵

O berço conservador, aliado a uma proposta liberal, garantiu uma Constituição moderna, até avançada, sob o rótulo da igualdade. A rigor, uma igualdade em termos, relativa. Como na fábula dos bichos, “todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais que os

Conselho, nem em Pagens de Fidalgos, que por taes (*sic*) stiverem (*sic*) assentados em nossos Livros, nem em Juizes (*sic*), e Véreadores (*sic*), ou seus filhos, nem nos Procuradores das Villas (*sic*), ou Concelhos (*sic*), nem em Mestres, e Pilotos de Navios de gávea, que andarem em Navios nossos, ou de cem toneis (*sic*), ou dahi (*sic*) para riba, ainda que não sejam nossos, nem nos amos, ou collaços (*sic*) dos nossos Dezembargadores (*sic*), ou de Cavalleiros (*sic*) de linhagem, ou dahi (*sic*) para cima, nem nas pessôas (*sic*) que provarem que costumão (*sic*) sempre ter cavallo de stada (*sic*) em sua estrebaria, e isto, posto que peães (*sic*), ou filhos de peães (*sic*) sejam (*sic*), nem nos Mercadores que tratarem com cabedal de cem mil réis, e dahi (*sic*) para cima”. (Idem, *ibidem*, p. 1315).

¹⁷⁴ THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 52.

¹⁷⁵ Política indigenista no século XIX. In: _____. (Org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; Fapesp, 1992, p. 133.

outros.”¹⁷⁶ “Nariz, consciência sem remorsos, tu me valeste muito na vida. [...]. A conclusão, portanto, é que há duas forças capitais: o amor, que multiplica a espécie, e o nariz, que a subordina ao indivíduo. Procriação, equilíbrio”¹⁷⁷, é a metáfora de Machado de Assis. Consoante a observação de José Alípio Goulart, “conhecidamente conservadora, esta Constituição incorporou o discurso humanitário proferido pelo liberalismo em curso nas metrópoles de peso internacional.”¹⁷⁸ No contexto da ironia, Roberto Schwarz adverte:

O esquema é geral (“Cada homem tem necessidade e poder de contemplar o seu próprio nariz, para o fim de ver a luz celeste”), e alude pelo estilo às declarações revolucionárias do século XVIII. Digamos que a universalidade do nariz indica a ordem dos homens formalmente iguais. Também a rivalidade e o ressentimento generalizados, que dariam base efetiva ao mecanismo psicológico em questão, pressupõem a igualdade abstrata. Por sua vez, a operação livre e ilimitada com os dados do mundo social – mesmo que só em devaneio – expressa o estranhamento burguês entre indivíduo e sociedade, transformada esta última em objeto de manipulação. Do ângulo complementar, enfim, entre indivíduo e sociedade há completa inerência, que não deixa lugar para o transcendente: nada tão divino ou “celeste” como imaginar-se por cima na concorrência com o próximo. Em suma, a dimensão engraçada do argumento não anula o seu pressuposto ideológico: uma sociedade secularizada, em que todos competem com todos, sem exclusão.¹⁷⁹

Previsão de direitos, institucionalização dos poderes, restrição do arbítrio, fundação de um Estado. Formalmente, esta matriz traduzia a filosofia da liberdade, a consideração do homem como titular de direitos naturais, ente livre por excelência. A realidade, por outro lado, apontava o Império como um dos detentores das maiores populações escravas do continente americano. “‘Livres’ é uma ‘noção coletiva’, é um sinal de distinção que compete aos ‘bem nascidos’ e só a eles. Por isso, fora da comunidade dos livres e dos bem nascidos, a servidão ou a escravidão não apenas não é excluída mas é até pressuposta.”¹⁸⁰ O liberalismo, portanto:

Partiu para uma vinculação íntima com o pensamento político e social, convertendo-se numa ideologia do poder, caracterizado, de início, pelo seu conteúdo revolucionário e vanguardeiro. Tomando dimensão histórica, entrava no reino da realidade para impugnar uma ordem de valores. Pretendia ao mesmo passo remover do plano institucional os abusos do passado, os vícios de poder, os erros da tradição, o prestígio

¹⁷⁶ ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003, p. 92.

¹⁷⁷ *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 23. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 79-80.

¹⁷⁸ *Da palmatória ao patíbulo: castigos de escravos no Brasil*. Rio de Janeiro: Conquista, 1971, p. 111.

¹⁷⁹ *Um mestre na periferia do capitalismo*: Machado de Assis. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2000, p. 159. Em sequência, o autor encerra o seu raciocínio: “No caso brasileiro, ademais, apesar do âmbito aparentemente individual do fenômeno, a suspensão do remorso tem funcionalidade de classe. Aliás, a natureza coletiva desta operação íntima, bem como a simpatia acanhada que ela suscita, constituem o referente secreto e verdadeiro da filosofia nasal em questão. Digamos que o recurso à ponta do nariz e ao embotamento do sentido moral que ela faculta designam o processo espiritual próprio à nossa elite escravista-modernista: a equidade (*sic*) burguesa, representada pela dimensão libertária de Romantismo e Liberalismo, a todo momento anima o remorso que se tratava de abafar.” (Ibidem, p. 162).

¹⁸⁰ LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Tradução de Giovanni Semeraro. Aparecida, SP: Ideias & letras, 2006, p. 259.

injusto dos privilégios, enfim, suprimir séculos de autoridade pessoal absoluta, de que era expressão concreta e histórica as chamadas monarquias do direito divino.¹⁸¹

Se o plano teórico conviveu com o sistema de opressão, o prático, entretanto, revelou “as contradições filosóficas e jurídicas entre a formulação constitucional oriunda da tradição iluminista e a realidade social da escravidão.”¹⁸² Em uma sociedade escravocrata, constituída sob o regime do latifúndio e do autoritarismo, a natureza das normas funcionava, em regra, como mais um elemento ideológico de dominação. Neste particular, a observação de Boris Fausto:

Antes de entrar no exame da Constituição, dois pontos devem ser ressaltados. Um contingente ponderável da população – os escravos – estava excluído de seus dispositivos. Deles não se cogita, a não ser obliquamente, quando se fala dos libertos. O outro ponto se refere à distância entre os princípios e a prática. A Constituição representava um avanço, ao organizar os poderes, definir atribuições, garantir direitos individuais. O problema é que, sobretudo no campo dos direitos, sua aplicação seria muito relativa. Aos direitos se sobrepunha a realidade de um país onde mesmo a massa da população livre dependia dos grandes proprietários rurais, onde só um pequeno grupo tinha instrução e onde existia uma tradição autoritária.¹⁸³

É inegável, portanto, que o principal debate instaurado com a constitucionalização do país consistiu no esforço de estabelecimento de um elemento de conexão entre cidadania e escravidão. Se, “em Portugal, a escravidão foi abolida em 1773”¹⁸⁴, no Brasil, a extinção formal somente ocorreu em 1888. O discurso oficial, produzido a partir dos interesses de um mercado agroexportador, procurou vincular o instituto da escravidão à prosperidade econômica do país. O apogeu do liberalismo político, representado pela monarquia constitucional:

Teoricamente considerava todos os homens cidadãos livres e iguais. Apesar disso, a instituição da escravidão permaneceu inalterada, garantida que era pelo direito de propriedade reconhecido na nova Constituição. Frequentemente (*sic*) esta tem sido apontada como uma distorção típica do processo de emancipação política do Brasil, que teria se feito sob a égide do Príncipe português e sob o controle de proprietários de escravos. Nesse contexto, a manutenção da escravidão se tornaria o principal limite do pensamento liberal no Brasil, na chamada geração da Independência.¹⁸⁵

A fundação do Império exigiu a adoção de mecanismos idôneos para assegurar a autonomia nacional. Um dos primeiros instrumentos utilizados foi a inauguração, em 11 de agosto de 1827, de dois cursos jurídicos no Brasil: São Paulo, representando o sul, e Olinda, o

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 92.

¹⁸² WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 444.

¹⁸³ *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012, p. 128.

¹⁸⁴ MATTOSO, Kátia M. de Queirós. *Ser escravo no Brasil*. Tradução de James Amado. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 251.

¹⁸⁵ MATTOS, Hebe Maria. *Escravidão e cidadania no Brasil monárquico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 7-8.

norte do país. Os objetivos eram conceber uma identidade e construir uma *intelligentsia* própria. Os cultores desta conjuntura eram integrantes ou descendentes da elite política nacional. Esta, por sua vez, era composta, principalmente, pelos grandes proprietários de terra.

A pretensão da Coroa era compor a burocracia administrativa do Estado imperial. O acesso à faculdade e, por via de consequência, ao serviço público, era extremamente restrito. É que, “como qualquer dessas ocupações demandava extenso período de estudos especializados e, por conseguinte, vultosas despesas, apenas os filhos de famílias ricas poderiam aspirar as carreiras nobres.”¹⁸⁶ Anteriormente, em regra, os bacharéis em direito, ocupantes dos cargos públicos mais relevantes, eram egressos da Universidade de Coimbra. Desta forma, iniciou-se um processo de formação de uma elite intelectual genuinamente nacional, independente das escolas portuguesa e francesa. Para José Murilo de Carvalho:

O Brasil dispunha, ao tornar-se independente, de uma elite ideologicamente homogênea devido a sua formação jurídica em Portugal, a seu treinamento no funcionalismo público e ao isolamento ideológico em relação a doutrinas revolucionárias. Essa elite se reproduziu em condições muito semelhantes após a Independência, ao concentrar a formação de seus futuros membros em duas escolas de direito, ao fazê-los passar pela magistratura, ao circulá-los por vários cargos políticos e por várias províncias.¹⁸⁷

O Império, seguindo a vertente liberalizante, modificou a legislação infraconstitucional. Em primeiro lugar, a justiça penal, legitimadora da punição: i) lei de 16 de dezembro de 1830 (Código Criminal), ii) lei de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal) e iii) normas extravagantes, a exemplo das regras instituídas pelo Ministério da Justiça e dos pareceres do Instituto dos Advogados do Brasil - IAB.

O Código de Processo Criminal, composto por 355 artigos, foi dividido em duas partes. A primeira tratou da organização judiciária. As províncias foram desmembradas em comarcas, termos e distritos de paz, conglomerado territorial formado por, no mínimo, 75 casas. Os juízes de direito, nomeados pelo Imperador, exerciam a jurisdição nas comarcas. Eram requisitos a conclusão do bacharelado em direito, a idade mínima de 22 anos, boa reputação e um ano de prática forense, comprovado mediante certidões fornecidas pelos Tribunais das Relações ou juízes de direito. Gozavam de preferência para o exercício do cargo pessoas que já tivessem atuado como juiz municipal ou promotor de justiça.

¹⁸⁶ Since each of these occupations required an extensive period of specialized training and, consequently, considerable expense, only the sons of wealthy families could aspire to gentlemen's career. (PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. The mandarins of imperial Brazil. *Comparative studies in society and history*. London: Cambridge University Press, v. 14, n. 2, march 1972, p. 219).

¹⁸⁷ *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 39.

No termo havia um juiz municipal, um promotor público e um conselho de jurados. Os juízes municipais eram nomeados pelos presidentes das províncias, a partir de uma lista tríplice elaborada pelas Câmaras Municipais. A relação de nomes, constituída a cada três anos, era composta por habitantes graduados em direito ou instruídos nas leis. Não havia a exigência de o cargo ser ocupado por bacharel em direito.

Inédito no organograma do poder público, o juiz de paz¹⁸⁸, em número de quatro, era auxiliado por um escrivão, por oficiais de justiça e pelos inspetores de quarteirão. Era eleito pelo povo de cada distrito na mesma ocasião em que se escolhiam os vereadores. Os inspetores, em número proporcional à quantidade de quarteirões, eram os vigias das ruas e controlavam a liberdade de locomoção dos “suspeitos” por intermédio do “termo de bem viver, e de segurança”. Estas pessoas geralmente eram mendigos, prostitutas e bêbados; isto é, os pobres. Tanto os inspetores quanto os escrivães de paz eram nomeados pelas Câmaras Municipais, sob indicação dos juízes de paz. Conforme o magistério de João Mendes de Almeida Júnior:

Ficaram extintas as Ouvidorias de Comarca, Juízes de Fora e Ordinários e a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade, exceto o Senado, Supremo Tribunal de Justiça, Relações, Juízos Militares, que continuavam a conhecer de crimes puramente militares e Juízes Eclesiásticos em matérias puramente espirituais.¹⁸⁹

A lei de 29 de novembro de 1832 consolidou a participação popular na administração da justiça por intermédio, principalmente, do Tribunal do Júri, composto por dois conselhos: i) pequeno júri: era o júri de acusação, responsável por aferir a viabilidade das acusações; e ii) grande júri: era o júri de sentença, incumbido de acatar a condenação ou decretar a absolvição. Apesar da projeção da vontade popular manifestada através dos juízes de paz e dos jurados, os interesses das elites, manipuladoras do processo eleitoral, prevaleceram perante o interesse comum. Lúcida a advertência de Francisco Iglésias:

O importante é a superação do arcaísmo das Ordenações, autoritárias em tudo, para uma justiça racional e aplicada na maior parte por autoridades eleitas. Como teoria, é de admirável liberalismo. A prática, porém, levou a sérios desvirtuamentos, pois as eleições são controladas por chefes locais, em geral proprietários de terras, que impõem suas vontades, fazem e desfazem autoridades. Em país de dimensões continentais, fica difícil a fiscalização e os maiores arbítrios se cometem.¹⁹⁰

A segunda parte do Código de Processo Criminal disciplinou a forma do processo. A década posterior à independência alterou significativamente o procedimento penal do Império. D. Pedro I, por intermédio da lei de 18 de junho de 1822, reprodução da lei portuguesa de 12

¹⁸⁸ Embora os juízes de paz tenham sido contemplados pela Constituição do Império e regulamentados pela lei de 15 de outubro de 1827, o desempenho de suas funções somente ocorreu com o advento do Código de Processo Criminal de 1832.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 174.

¹⁹⁰ *Trajatória política do Brasil: 1500-1964*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 150-151.

de novembro de 1821, aboliu as devassas e os tormentos. Com o advento do Código de 1832, foram extintas as querelas e as denúncias, consoante os termos estabelecidos pelas Ordenações Filipinas.

Em substituição, as querelas foram batizadas de queixas e a competência para a apresentação ficou restrita ao ofendido, seus ascendentes, cônjuge, senhor, e, se menor de idade, tutor e curador. A denúncia, por outro lado, era a peça de acusação proposta pelo promotor de justiça ou por qualquer do povo. Todavia, tratando-se de pessoa “miserável”, gozavam de legitimidade também para a queixa os habilitados para o oferecimento da denúncia.

Se a competência fosse dos juízes de paz, o rito era o sumário; se a tramitação fosse reservada ao Tribunal do Júri, o processo deveria seguir o rito ordinário. Em regra, o processo penal adotou a forma pública e o princípio da oralidade. Sobre o tema, João Mendes de Almeida Júnior enfatiza que:

A formação de culpa, desde o corpo de delito até o interrogatório, foi feita em sumário, a que só podia proceder-se em segredo (*sic*) somente quando a ela não assistisse o delinqüente (*sic*) e seus sócios; a acusação e o julgamento, nos crimes de pena maior que a de seis meses de prisão ou degredo (*sic*), passaram a ser feitas em processo público e oral perante o júri.¹⁹¹

Em relação à natureza do processo, a doutrina posicionou-se de forma divergente. Para Antônio Alberto Machado, “influenciado pelo ideário liberal, o Código de Processo Criminal de 1832 adota um processo de tipo acusatório, com a separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar.”¹⁹² Com efeito, o Código de Processo representou o sepultamento de uma legislação arcaica e extremamente opressora. Na oposição, José Henrique Pierangelli defendeu que:

O Código de Processo Criminal do Império dotou o procedimento misto ou eclético, muito embora o submetesse à regra da inquisitividade. O nosso legislador de 1832 ficou, portanto, num meio termo entre o procedimento acusatório, então vigente na Inglaterra, e o misto, adotado pela França, este inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento, mas, indubitavelmente, o nosso Código era muito mais liberal, pois, no modelo francês, o acusado era colocado em uma situação de inferioridade em relação ao acusador oficial e o juiz exercitava uma atividade de produção de provas, valendo-se, para esse fim, até mesmo da tortura.¹⁹³

Com a razão a primeira corrente. A atribuição de classificar os Códigos torna-se complexa porque não existem sistemas processuais completamente puros. O que se deve observar são as características preponderantes. “Como o processo brasileiro, no terreno penal,

¹⁹¹ Ibidem, p. 176.

¹⁹² Ibidem, p. 32.

¹⁹³ Ibidem, p. 103.

é eminentemente acusatório, separados estão Ministério Público e Poder Judiciário.”¹⁹⁴ Dois aspectos, entre outros, reforçam esta tese. A instituição do Tribunal do Júri traduziu a inserção do povo no funcionamento do aparelho da justiça. Além disso, a disciplina do *habeas corpus*, instrumento de defesa da liberdade previsto no Código Criminal de 1830 e no Código de Processo Criminal de 1832, representou um contraponto fundamental à tradição autoritária própria de um regime monárquico. José Antônio Pimenta Bueno, mais uma vez, enalteceu que:

Para melhor garantir a defesa do acusado e tutelar, assim, eficazmente, o seu *jus libertatis*, o Estado tornou obrigatória a aplicação do Direito Penal pelas vias processuais. Para isto, os atos de colaboração entre os interessados no litígio penal e o juiz estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e onde o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do réu sejam, amplamente, focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único *modus procedendi* compatível com o verdadeiro processo penal. No sistema inquisitivo não havia atuação jurisdicional e inexistia o processo. O que nêle (*sic*) se encontrava era uma forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado, em que o juiz encarnava esse interesse (*sic*), muito embora revestido da independência de seu cargo, a qual, diga-se de passagem, era muito precária, ao tempo do absolutismo monárquico, que foi o período áureo da justiça inquisitiva.¹⁹⁵

A chamada década liberal (1831-1841) solidificou, no âmbito normativo, o liberalismo. A descentralização da administração da justiça, por meio dos juízes municipais e dos juízes de paz, simbolizou o movimento de renovação. Conforme Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, “com a etapa da Regência no Brasil, tem-se a interessante experiência de um governo a partir do Legislativo e não da força imobilizadora do Poder Moderador, caracterizadora de todo o Segundo Reinado.”¹⁹⁶

Entretanto, apesar dos avanços, o período regencial diferenciou-se também pela ebulição de fatos políticos. A explosão de revoltas, contestando o poder central, o empobrecimento das camadas populares, a política de recrutamento dos presidentes das províncias e a nítida discriminação racial e social provocou uma reação violenta por parte das elites políticas conservadoras. A contenção dos levantes exigiu a ampliação do poder da Coroa.

Uma das primeiras medidas adotadas consistiu na reforma processual penal, operada pela lei 261, de 3 de dezembro de 1841, e regulamentada pelo decreto 120, de 31 de janeiro de 1842. Entre as principais modificações, ressalte-se que ela “retirou os poderes instrutórios do Juiz de Paz, entregando-os ao juiz municipal e ao chefe de polícia, ambos nomeados pelo poder

¹⁹⁴ BUENO, José Antônio Pimenta. In: MARQUES, José Frederico. (Org.). *Apontamentos sobre (sic) o processo criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 178.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁹⁶ Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e juízes na formação do Estado brasileiro. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, a. 3, n. 6, jul./dez. 1995, p. 179.

central (Imperador e Presidentes de Província).”¹⁹⁷ De fato, “o juiz de paz eleito, poderoso durante a Regência, perdera boa parte de suas funções em favor dos delegados de polícia.”¹⁹⁸ Outras alterações significativas residiram no fortalecimento do Ministério Público, órgão responsável pela acusação criminal, e na extinção do júri de acusação. A explicação sobre este ataque prioritário à justiça de paz foi detalhada por Thomas Flory:

La primera gran reforma de la década liberal fue también la primera modificación importante del sistema judicial. La creación em 1827 del puesto de juez de paz (juez de paz) señaló el comienzo del período de reforma y el ascenso inminente de los liberales. Al observador moderno la institución le parece perfectamente benigna; el juez de paz brasileño, como se concibió originalmente, sería un magistrado sin entrenamiento y sin paga elegido para ejercer a nivel de la parroquia, que desempeñaría las funciones de juez en asuntos de poca importancia y conciliaría a los litigantes en perspectiva. Sin embargo, casi desde su comienzo esta jurisdicción aparentemente inocua desató una violenta controversia y polarizó el pensamiento institucional del Brasil. Los reformadores liberales hicieron al juez de paz el portaestandarte de sus propias preocupaciones filosóficas y prácticas: formas democráticas, localismo, autonomía y descentralización. Por otro lado, los tradicionalistas y conservadores vieron en el magistrado local una erosión de mal agüero de la autoridad central y una amenaza al control social en el vasto imperio.¹⁹⁹

O superdimensionamento da atividade policial englobou as funções de polícia administrativa, polícia judiciária e, inclusive, a atividade judiciária propriamente dita. De fato, “eles assumiram muitas funções antes atribuídas aos juízes de paz, inclusive as de julgar pequenas causas criminais. Passava pois a polícia, em alguns casos, a ter atribuições não só de investigar como de processar pessoas e aplicar penas.”²⁰⁰ Manuel Antônio de Almeida retrata, em crônica, o major Vidigal, o qual não tolerava que vadios perambulassem pelas ruas do Rio de Janeiro na primeira metade do século XIX:

O som daquela voz que dissera “abra a porta” lançara entre eles, como dissemos, o espanto e o medo. E não foi sem razão; era ela o anúncio de um grande aperto, de que por certo não poderiam escapar. Nesse tempo ainda não estava organizada a polícia da cidade, ou antes estava-o de um modo em harmonia com as tendências e idéias (*sic*) da época. O major Vidigal era o rei absoluto, o árbitro supremo de tudo que dizia respeito a esse ramo de administração; era o juiz que julgava e distribuía a pena, e ao mesmo tempo o guarda que dava caça aos criminosos; nas causas da sua imensa alçada não haviam testemunhas, nem provas, nem razões, nem processo; ele resumia tudo em si; a sua justiça era infalível; não havia apelação das sentenças que dava, fazia o que queria, e ninguém lhe tomava contas. Exercia uma espécie de inquirição policial.²⁰¹

¹⁹⁷ MACHADO, Antonio Alberto. *Ibidem*, p. 33.

¹⁹⁸ CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados - escritos de história e política, federalismo e centralização no Império brasileiro: história e argumento*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005, p. 169.

¹⁹⁹ *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1871*. Control social y estabilidad política en el nuevo Estado. Tradução de Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 81.

²⁰⁰ FAUSTO, Boris. *Ibidem*, p. 151.

²⁰¹ *Memórias de um sargento de milícias*. 31. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 24.

A centralização das atividades policiais ficou sob o comando direto do Ministério da Justiça. Houve o estabelecimento, na Corte e em cada província, de um chefe de polícia, cujas atribuições eram desenvolvidas com a assessoria de delegados e subdelegados. Neste particular, “os Chefes de Polícia seriam escolhidos dentre os desembargadores e Juizes de Direito e os delegados e subdelegados dentre quaisquer juizes e cidadãos: seriam todos amovíveis e obrigados a aceitar.”²⁰² Saliente-se que os delegados e os subdelegados também eram escolhidos pelo Imperador ou, em caráter subsidiário, pelos presidentes das províncias. Conforme a observação de Paulo Macedo Garcia Neto:

Dentre as grandes problemáticas que perpassaram pelo debate de 1841 destacaram-se (i) a autonomia de julgamento dos magistrados (a profissionalização da magistratura) e (ii) o controle da polícia (administração) sobre o Poder Judiciário (judicial) local. Em oposição do Código Criminal de 1832, de caráter liberal, foi feita uma primeira reforma judiciária em 1841 (Lei de 3 de dezembro de 1841), com linhas que reforçavam o poder dos conservadores. Era o mesmo ano em que seria recriado o Conselho de Estado. Na mesma linha dessa medida, a reforma de 1841 representava a consolidação da guinada centralizadora presente no projeto saquarema de Bernardo Pereira de Vasconcelos e de Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai. Em síntese, a Reforma Judiciária de 1841 foi a institucionalização definitiva do regresso conservador, legitimando-se como resposta ao período conturbado da Regência. As revoltas regionais dos anos 1830, relacionadas pelos conservadores às reformas liberais e descentralizadoras, teriam como resposta um controle social rígido, comandado pelas forças do Imperador.²⁰³

A reforma processual resgatou o processo de tipo inquisitivo. A evidência das funções repressoras, com a ampliação da estrutura policial e do Ministério Público, inaugurou uma nova etapa na evolução do processo penal brasileiro. Este período, destacado como “policialismo judiciário”, “singularizou o domínio conservador durante a vigência do regime monárquico.”²⁰⁴ A hegemonia dos excessos policiais e a atuação arbitrária da magistratura notabilizaram a administração da justiça até, pelo menos, o ano de 1871.

3.4. A reforma de 1871

A reforma judiciária de 1871 foi promovida pela Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, e regulamentada pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871. Ressalte-se, todavia, que o primeiro projeto de reforma da legislação processual penal foi apresentado por João Lins Vieira Cansansão de Sinimbu, em 1862. Este programa, por sua vez, adotou como parâmetro o

²⁰² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Ibidem*, p. 191.

²⁰³ A reforma judiciária de 1871. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. (Coord.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: (de 1850 a 1930)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151-152. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

²⁰⁴ ABREU, Sérgio França Adorno de. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 66.

anteprojeto de José Thomaz Nabuco de Araújo, de 1843, o qual “não separava, porém, a polícia da justiça, o que era, já nesse tempo, a principal aspiração dos reformadores da lei de 3 de dezembro.”²⁰⁵ A alteração do Código de Processo Criminal representou uma das pautas mais notáveis do Partido Liberal.

Em 1866, Nabuco de Araújo envia um novo projeto à Comissão de Justiça Criminal. Após várias emendas, oriundas principalmente do Poder Executivo, foi aprovado pela Câmara dos Deputados em setembro de 1870. O projeto, contudo, sofreu um grande revés ao iniciar sua tramitação no Senado. Francisco de Paula de Negreiros Sayão Lobato, Ministro dos Negócios da Justiça e Senador do Império, apresentou um projeto substitutivo, o qual obteve êxito em ambas as Casas do Poder Legislativo. De acordo com o pensamento de Paulo Macedo Garcia Neto:

A Reforma de 1871 é conhecida na história do direito brasileiro pela criação do instituto do Inquérito Policial, que, com algumas alterações, permanece, ainda hoje, como fase investigatória que antecede ao processo penal. A Reforma Judiciária de 1871 também aparece em função das modificações dos institutos da fiança, da prisão preventiva, da queixa ou denúncia, do tribunal do júri e do habeas corpus. No entanto, seu significado vai além desses institutos processuais. Por trás de uma reforma que visava sistematizar a organização judiciária do Império estavam acomodações de relações de poder que percorreram a história de transformações do desenho institucional, quais sejam: (I) a separação entre as funções da Polícia e da Justiça (Poder Judicial) e (II) a disputa entre Poder Central e Poder Local.²⁰⁶

Esta lei, paralelamente a outras que foram publicadas no ocaso do Império, a exemplo da Lei do Ventre Livre (Lei Rio Branco, 1871)²⁰⁷ e da Lei dos Sexagenários (Lei Saraiva-Cotegipe, 1885)²⁰⁸, é produto do processo de transição, moroso e gradual, do regime

²⁰⁵ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 866. v. II.

²⁰⁶ GARCIA NETO, Paulo Macedo. O Judiciário no crepúsculo do Império (1871-1889). In: LOPES, José Reinaldo de Lima. (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império: (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113-115. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

²⁰⁷ A Lei do Ventre Livre foi promulgada em 28 de setembro de 1871. Conforme o seu teor, ela considerava livres os filhos de escravas nascidos a partir desta data. Estes filhos deveriam ficar em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe teria duas opções: i) poderiam ficar aos cuidados dos senhores até os 21 anos de idade ou ii) entregues ao governo, mediante indenização. A primeira hipótese foi a que mais se confirmou na prática, principalmente em virtude de que beneficiou os senhores que poderiam usar a mão de obra destes “livres” até os 21 anos de idade. Como leciona Manuela Carneiro da Cunha: “Em 1871, a Lei 2.040, de 28.9.1871, artigo 6º, parágrafo 5º, permitia que *se compelissem ao trabalho*, em estabelecimento do governo, os escravos libertos que andassem *vadios*. Catorze anos mais tarde, o liberto da zona rural (significativamente não nas capitais) que fosse alforriado pelo fundo de emancipação era obrigado a um domicílio de cinco anos no município onde houvesse sido alforriado: *caso se ausentasse, seria considerado vagabundo e passível de prisão, empregado em trabalhos públicos ou em colônias agrícolas regidas com disciplina militar* - grifo nosso.” (*Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 95).

²⁰⁸ A Lei 3.270, Lei dos Sexagenários, foi promulgada em 28 de setembro de 1885. Ela garantia liberdade aos escravos com mais de 65 anos de idade. A proposta inicial, contudo, era 60 anos, faixa etária rechaçada pelos ultraconservadores da política imperial. Ocorre, entretanto, que a expectativa de vida dos escravos era muito reduzida, haja vista a excessiva carga de trabalho e as péssimas condições de alimentação e habitação.

escravocrata ao trabalho livre.²⁰⁹ O primeiro sinal contra a escravidão, contudo, foi deflagrado pelas leis de abolição do tráfico africano, de 1831 e 1850.

Em relação à Lei de 1871, “os abolicionistas não tardaram em denunciar a ineficácia da lei e a revelar as burlas e as fraudes que prejudicavam sua execução.”²¹⁰ Neste contexto, reforça Nabuco: “Por uma ficção de direito, eles nascem livres, mas, de fato, valem por lei aos oito anos de idade 600\$, cada um. A escrava nascida a 27 de setembro de 1871 pode ser mãe em 1911 de um desses ingênuos, que assim ficaria em cativeiro provisório até 1932.”²¹¹

No plano da estrita legalidade, todavia, deve-se destacar a importância destas normas, as quais funcionaram como um fator adicional de desgaste do combalido instituto da escravidão. De fato, em um cenário caracterizado pela quase anomia de regras benéficas aos escravos, o seu advento conduzia a luta contra a escravidão para o plano institucional. Sob tal ângulo, pondera Sidney Chalhoub:

Para ir ao centro do problema, todavia, basta pensar na ideologia da alforria vigente na sociedade escravista brasileira. Os senhores de escravos consideravam a sua prerrogativa exclusiva de conceder, ou denegar, liberdades um dos fatores mais decisivos no controle social de trabalhadores escravos. Ressentiam-se de qualquer intervenção do poder público em tais assuntos, sustentando resolutamente a idéia da inviolabilidade da vontade senhorial em tudo que concernia à liberdade de escravos. Borboletas e escravos não tinham vontade própria ou espaço de ação autônoma. Viveriam se os senhores assim o desejassem, ficariam livres se tais algozes quisessem. *Entretanto, a lei de 28 de setembro de 1871 havia mudado as coisas de maneira significativa, pois criara vias institucionais para obter a alforria independentemente do consentimento senhorial. A sua aprovação foi passo decisivo na luta para submeter o poder privado dos senhores ao domínio da lei, abalando assim a ideologia paternalista que – ao lado da violência física direta – garantira o controle social na escravidão por séculos. [...].* O primeiro relatório do Ministério da Agricultura após o início da vigência da lei, de abril de 1872, aborda dúvidas surgidas quanto à aplicação do parágrafo que obrigava os párocos “a ter livros especiais para o registro dos nascimentos e óbitos dos filhos de escravas”. Alguns padres queriam saber como verificar a data precisa de nascimento dos indivíduos levados à pia batismal. Ou seja, não tinham como detectar possíveis fraudes de senhores que, para escapar aos efeitos da lei, declarassem o nascimento de filhos de suas escravas em datas anteriores a 28 de setembro de 1871. *A orientação do ministro, o barão de Itaúna, aos párocos foi para que simplesmente acreditassem na palavra dos senhores. Deixassem o assunto*

²⁰⁹ O liberal-escravismo produziu as suas racionalizações em dois momentos críticos para o sistema que defendia: em torno da questão do tráfico negreiro e por ocasião da batalha parlamentar que foi a proposta da Lei do Ventre Livre encaminhada pelo gabinete Rio Branco. Na realidade, a abolição do tráfico e a libertação dos nascituros significaram dois cortes decisivos na história da reprodução da força-de-trabalho. Era de esperar, portanto, que os defensores do regime excogitassem fórmulas retórico-ideológicas que avalizassem a sua permanência. O debate então travado entre escravistas e reformistas é um corpus documental que merecia análise detida. Valendo-me da linguagem da velha Retórica, eu diria que o procedimento da persuasão mais generalizado na defesa liberal da escravidão foi a metonímia: o uso da parte pelo todo. O que os escravistas pretendiam dizer era que o regime servia não só a uma determinada classe (no caso, aos proprietários), mas a toda a sociedade, incluindo-se nesta o próprio escravo. (BOSI, Alfredo. Formações ideológicas na cultura brasileira. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, set./dez. 1995, p. 287).

²¹⁰ COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*. 8. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2008, p. 59.

²¹¹ *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000, p. 144.

“à própria consciência” deles, pois que “o caráter brasileiro é avesso a fraudes repugnantes aos sentimentos religiosos” - grifo nosso.²¹²

Na prática, as leis do final do século XIX consistiram em subterfúgios para mitigar a pressão da Inglaterra, do movimento abolicionista interno e da resistência negra.²¹³ A alteração normativa foi o resultado de uma acomodação de forças entre os liberais e os conservadores, os luzias e os saquaremas, respectivamente; um acordo selado em gabinete. Por trás da profusão de leis estava a defesa de um modelo institucional, a manutenção do modo de produção escravista. A história brasileira encontra-se repleta de transições sem rupturas, artificiais. Vão-se os anéis e ficam os dedos. Neste sentido, assinala John Gledson:

Vou tentar ilustrar isto no campo da própria ficção, focalizando um momento histórico ao qual Machado volta com uma frequência (*sic*) sintomática, a crise do fim da década de 1860, que vai até a Lei do Ventre Livre, em 28 de setembro de 1871. É uma crise complexa, que envolve não só a Lei do Ventre Livre – o primeiro momento em que ficou garantido que a escravidão um dia acabaria; mas também o fim difícil da Guerra do Paraguai, e um evento que pode parecer mais superficial: a mudança de governo em 18 de julho de 1868, depois chamado de “golpe de estado”, em que o Imperador, por razões que tinham a ver com a condução da guerra pelo Duque de Caxias, impôs um gabinete conservador a uma Câmara liberal, expondo assim o teatro, a farsa, do sistema político imperial, a realidade do poder autocrático, levando à fundação do Partido Republicano, em 1870. [...]. Isto é, lentamente, o teatro ou farsa “democrática” um dia corresponderia à realidade, ou, por outras palavras, as idéias (*sic*) fora de lugar viriam a estar no lugar. É uma noção recorrente na história brasileira: para não falar em casos mais recentes, no desenvolvimentismo de Juscelino, segundo o qual o Brasil avançaria cinquenta anos em apenas cinco. Vê-se que, em certo sentido, é uma questão de *timing*: os que detêm o poder têm de julgar a rapidez e a força da mudança social e histórica para poder controlá-la, resistindo aqui, cedendo lá, em consonância com o que a sociedade pode aguentar, ou permitir. Neste sentido, a crise de 1868 para 1871 foi crucial: o Império tinha que arcar com o peso de uma guerra que calculava terminar bem antes, ao mesmo tempo que tentava começar a tratar a chamada “questão servil”, que já causara outra guerra devastadora nos Estados Unidos. A escravidão não era só imoral, era sobretudo anacrônica – outra vez, questão de *timing* histórico. Ficou claro, sobretudo no “golpe de estado” de 1868, que o regime perdera o controle, e que estava condenado a desaparecer.²¹⁴

²¹² Machado de Assis: historiador. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 108-109 e p. 269-270.

²¹³ O século XIX foi para a América Latina o *século inglês*. E não é difícil se explicar esse fato. Em primeiro lugar, a Inglaterra tinha estado *presente no momento da criação*. Os fundamentos da supremacia política, comercial e financeira inglesa tinham sido firmemente lançados por ocasião da formação dos Estados independentes latino-americanos, durante as segunda e terceira décadas do século XIX. Em segundo lugar, de 1815 até 1860 ou 1870, a Grã-Bretanha exercia hegemonia global nunca desafiada e, até 1914, supremacia global um pouco menos intensa. A marinha inglesa governava os mares. Em terceiro lugar, e mais importante que tudo, a Inglaterra, a primeira nação industrial, a oficina do mundo, fornecia a maior parte dos bens manufaturados e de capital para a América Latina. A cidade de Londres, principal fonte de capital do mundo, era responsável pela maioria dos empréstimos concedidos aos novos governos da América Latina e pela maior parte do capital investido na infra-estrutura (*sic*) (sobretudo estradas de ferro), agricultura e mineração da América Latina. A Grã-Bretanha possuía mais da metade de toda a frota mercante do mundo e eram os navios britânicos que levavam a massa dos produtos exportados da América Latina para os mercados mundiais. (p. 271) A própria Inglaterra era um dos mais importantes mercados para os artigos alimentícios e matéria-prima latino-americanos. Em resumo, ao longo de todo o século XIX, a Inglaterra era o principal parceiro comercial, o principal investidor e o principal detentor do débito público da América Latina. (BETHELL, Leslie. O imperialismo britânico e a Guerra do Paraguai. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 24, maio/ago. 1995, p. 272).

²¹⁴ GLEDSON, John. Machado de Assis: ficção e história. Tradução de Sônia Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 306-308.

As leis de 1871, 1885 e 1888 não traduzem, de forma alguma, qualquer sentimento de humanitarismo do Estado imperial. A história oficial procura colocar os senadores, ministros e deputados como os mártires do abolicionismo. Saliente-se, por outro lado, que tais normas são reflexos de árduos combates políticos e insurreições negras, quase sempre sufocadas com o uso excessivo da força. Não há acasos na política e na economia. Os escravos foram os protagonistas da sua emancipação. “A abolição não pode ser reduzida a um ato de brancos.”²¹⁵

A Lei do Ventre Livre, mais especificamente, consistiu em um campo de batalhas políticas. “Ela passou a ser considerada como resultado de muitas lutas, incorporando conquistas escravas que estavam distantes das concepções senhoriais da liberdade.”²¹⁶ Nesta conjuntura, foi inaugurado, em 1843, o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, também conhecido como “Casa de Montezuma”.²¹⁷ Em meados do século XIX, as contendas entre escravos, libertos e proprietários nos tribunais resultaram na produção de jurisprudências eivadas de incoerências. Nesta perspectiva, para muitos juízes, em regra conservadores, “em meio às galinhas, baratas nunca têm razão.”²¹⁸ Os advogados-jurisconsultos do IAB tiveram como objetivo apaziguar as divergências e uniformizar o entendimento sobre o extenso rol de leis escravistas, desde as Ordenações do Reino até a legislação esparsa publicada após o advento do Código Criminal de 1830.

Destaque-se, nos debates que se sucederam, a discussão entre Caetano Alberto Soares e Augusto Teixeira de Freitas sobre as ações cíveis de liberdade. A principal delas centrou-se na deliberação sobre a condição de livre ou não dos filhos concebidos por uma escrava à época em que foi deixada forra com a obrigação de prestar serviços. Para Caetano Soares, eles seriam livres, mesmo antes do cumprimento da condição estipulada para a liberdade da mãe. Para tanto, ele empregou como recurso a “Lei da Boa Razão”.²¹⁹

²¹⁵ PINSKY, Jaime. *A escravidão no Brasil*. 19. ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 94.

²¹⁶ LARA, Sílvia Hunold. Para além do cativo: legislação e tradições jurídicas sobre a liberdade no Brasil escravista. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Orgs.). *História do direito em perspectiva*. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 316.

²¹⁷ O nome é uma homenagem a Francisco Brandão Gomes, fundador do IAB, o qual passou a se chamar Francisco Gê Acayaba de Montezuma, visconde de Jequitinhonha.

²¹⁸ PINSKY, Jaime. *Ibidem*, p. 88.

²¹⁹ A denominada “Lei da Boa Razão”, lei de 18 de agosto de 1769, foi elaborada pela Coroa portuguesa e teve como objetivo principal disciplinar em quais hipóteses poderia haver o recurso ao direito romano quando existissem lacunas nas Ordenações do Reino. Como assinala Eduardo Spiller Pena: “Caetano Soares justificou o uso do dispositivo romano para seu exercício de hermenêutica jurídica, afirmando inexistir, para a referida questão, ‘legislação positiva e expressa nossa’. E que, em casos omissos, poder-se-ia recorrer, conforme ditavam as ordenações portuguesas, ao direito romano, desde que os dispositivos escolhidos fossem fundados na boa razão. Para os juristas que elaboravam o discurso emancipacionista, o argumento da boa razão foi frequentemente (*sic*) veiculado como um preceito jurídico-moral a favor da liberdade. No caso de Caetano Soares, a apropriação do direito romano foi realizada de forma ambígua, pois, a partir do preceito, escolheu-se um dispositivo regulador de

Além disso, utilizou-se de outro argumento extraído do direito civil romano: o acessório segue o principal. “Ocorre que o presidente do Instituto, nesta ocasião, era justamente o maior romanista do Brasil, e o responsável pela organização das leis civis que regulariam, entre outros temas, o direito de propriedade: Teixeira de Freitas.”²²⁰ O parecer do Instituto dos Advogados foi em benefício da liberdade. Esta celeuma provavelmente foi o estopim para a apresentação da renúncia ao efêmero mandato de Teixeira de Freitas: três meses. Sobre as qualidades morais e condutas benevolentes dos advogados, todavia, leciona Eduardo Spiller Pena:

Como “soldados” exemplares da emancipação, os voluntários-jurisconsultos, em sua arena jurídica, tinham o dever providencial de guiar a nação rumo à civilização e ao progresso, evitando, contudo, nessa transformação, qualquer desrespeito aos direitos dos cidadãos-proprietários e, conseqüentemente (*sic*), qualquer perigo ou desordem ao Estado imperial. Outro aspecto importante é a distinção entre as duas situações nas quais os jurisconsultos emitiram suas opiniões sobre questões jurídicas relacionadas à escravidão. Nem sempre as normas legais emancipacionistas idealizadas no interior do instituto foram aplicadas ou executadas pela jurisprudência ou pelo governo imperial. Às vezes, os próprios jurisconsultos que conceberam, em seus discursos ou “memórias”, as medidas para o “melhoramento da sorte dos escravos”, negaram-nas terminantemente em ambientes de maior repercussão pública (nas consultas dos periódicos jurídicos, nos tribunais e no Parlamento), revelando-se parcimoniosos em seus princípios e respeitosos com relação à legislação positiva que garantia ainda a vigência da propriedade escravista. Foi assim com Caetano Soares e Perdigão Malheiro, os dois sócio-presidentes que mais estimularam o debate sobre a escravidão no instituto e que, em certos momentos, abriram mão de suas idéias (*sic*) jurídicas favoráveis à liberdade em nome do reconhecimento ao direito de indenização aos proprietários e da manutenção da ordem e segurança do Estado.²²¹

Assim como Soares e Malheiros, muitas autoridades, entre políticos e profissionais liberais, foram ícones do abolicionismo, conforme suas conveniências. Figura célebre desta plêiade, Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo, filho de José Thomaz Nabuco de Araújo, foi diplomata, jurista, deputado e jornalista. Neto de senador, com berço em uma família escravocrata do Recife, Nabuco ocupa assento privilegiado na história oficial como um defensor da liberdade dos escravos. A crítica, entretanto, realoca-o como um partidário do abolicionismo gradual. Em 1880, já deputado, ele se aproxima dos britânicos. “Foi um discurso seu na Câmara que despertou o interesse externo. *Antes de 1879, Nabuco não mostrara disposição nem para a política, nem para a luta contra a escravidão - grifo nosso.*”²²²

uma relação escravista, a fim de sustentar, por ele, uma argumentação favorável à liberdade.” (*Pajens da casa imperial: jurisconsultos, escravidão e a Lei de 1871*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 2001, p. 89).

²²⁰ ALMEIDA, Eneá de Stutz e. *Ecos da Casa de Montezuma: o Instituto dos Advogados Brasileiros e o pensamento jurídico nacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 88.

²²¹ *Ibidem*, p. 361-362.

²²² BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. Joaquim Nabuco e os abolicionistas britânicos (Correspondência, 1880-1905). *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 23, n. 65, jan./abr. 2009, p. 207.

No mesmo ano, durante o recesso parlamentar, Nabuco retorna à Europa. Em Londres, estreita os laços com a *Anti-Slavery Society*. Seu objetivo consistiu em internacionalizar a luta antiescravista. A propósito, “seu nome já começara a circular na Europa. Ao passar por Lisboa, foi recebido na Câmara dos Deputados como o campeão da luta abolicionista no Brasil. Em Madri, quem o homenageou foi a Sociedade Abolicionista Espanhola.”²²³ Em crônica publicada no dia 19 de maio de 1888, Machado de Assis destaca a caricatura de um candidato a deputado no final do Império:

Eu pertença a uma família de profetas *après coup, post factum*, depois do gato morto, ou como melhor nome tenha em holandês. Por isso digo, e juro, se necessário for, que *toda a história desta lei de 13 de maio estava por mim prevista, tanto que na segunda – feira, antes mesmo dos debates, tratei de alforriar um molecote que tinha, pessoa de seus dezoito anos, mais ou menos*. Alforriá-lo era nada; entendi que, perdido por mil, perdido por mil e quinhentos, e dei um jantar. Neste jantar, a que meus amigos deram o nome de banquete, em falta de outro melhor, reuni umas cinco pessoas, conquanto as notícias dissessem trinta e três (anos de Cristo), no intuito de lhe dar um aspecto simbólico. [...]. *Levantei-me eu com a taça de champanha e declarei que acompanhando as idéias (sic) pregadas por Cristo, há dezoito séculos, restituía a liberdade ao meu escravo Pancrácio; que entendia que a nação inteira devia acompanhar as mesmas idéias (sic) e imitar o meu exemplo finalmente, que a liberdade era um dom de Deus, que os homens não podiam roubar sem pecado*. Pancrácio, que estava à espreita, entrou na sala, como um furacão, e veio abraçar-me os pés. [...]. *Fiz outro discurso agradecendo, e entreguei a carta ao molecote. Todos os lenços comovidos apanharam as lágrimas de admiração. Caí na cadeira e não vi mais nada. De noite, recebi muitos cartões. Creio que estão pintando o meu retrato, e suponho que a óleo*. [...]. Pancrácio aceitou tudo; aceitou até um peteleco que lhe dei no dia seguinte, por não me escovar bem as botas; efeitos da liberdade. *Mas eu expliquei-lhe que o peteleco, sendo um impulso natural, não podia anular o direito civil adquirido por um título que lhe dei*. Tudo compreendeu o meu bom Pancrácio; daí para cá, tenho-lhe despedido alguns pontapés, um ou outro puxão de orelhas, e chamo-lhe besta quando lhe não chamo filho do diabo; coisas todas que ele recebe humildemente, e (Deus me perdoe!) creio que até alegre. *O meu plano está feito; quero ser deputado, e, na circular que mandarei aos meus eleitores, direi que, antes, muito antes da abolição legal, já eu, em casa, na modéstia da família, libertava um escravo, ato que comoveu toda a gente que dele teve notícia. Que os homens puros, grandes e verdadeiramente políticos, não são os que obedecem à lei, mas os que se antecipam a ela, dizendo ao escravo: és livre, antes que o digam os poderes públicos, sempre retardatários, trôpegos e incapazes de restaurar a justiça na terra, para satisfação do céu - grifo nosso*.²²⁴

Os genuínos abolicionistas, contudo, são olvidados pela história oficial. Em virtude da magnitude que representam para o cenário nacional, Machado de Assis, José do Patrocínio e André Rebouças ainda possuem reconhecimentos moderados. Luiz Gonzaga Pinto da Gama, entretanto, é saudado como o grande líder abolicionista. Respeitado tanto entre os negros quanto entre os eméritos da Academia de Direito de São Paulo, ele surge como um enigma a ser ainda decifrado. “Vivendo modestamente de seu trabalho como advogado, Luiz Gama empenhava

²²³ Idem, *ibidem*, p. 214.

²²⁴ ASSIS, Joaquim Maria Machado de. In: GLEDSON, John. (Introd. e notas). *Bons dias!/Machado de Assis*. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2008, p. 109-111.

todos os recursos na defesa dos mais necessitados. Com o dinheiro que ganhava ele ia alforriando outros escravos.”²²⁵ Foi um dos raros intelectuais negros no Brasil, o único a sofrer as agruras do cativo. É difícil um biógrafo não se tornar passional ao descrever a sua luta em prol da liberdade. Conforme leciona Sidney Chalhoub:

Luiz Gama é personagem de tirar o fôlego. Filho de fidalgo português e de africana livre, passou a infância com a mãe na Salvador dos anos 1830, década de insurreições escravas e pânico dos brancos. A africana teve de deixar a Bahia, fugindo da repressão senhorial, e o pai fidalgo acabou vendendo o filho ilegalmente como cativo para cobrir dívidas de jogo. [...]. O menino ficou na cidade de São Paulo, angariou a simpatia de protetores poderosos, alfabetizou-se, provou que tinha direito à liberdade, instruiu-se ainda mais. No período em que a instituição da escravidão passava de “mal necessário” a “problema que exigia solução”, Luiz Gama escreveu livro de versos satíricos, tornou-se funcionário público, aderiu ao movimento republicano paulista, editou jornais, aprendeu a advogar na prática do foro e, com a ajuda de uma loja maçônica, colocou todo o conhecimento jurídico que obteve a serviço da causa da liberdade dos escravos. Adotou “a causa dos desgraçados”, sem pretender lucros, sem temer ameaças. Virou lenda. Uma vida destemida, épica, quase inverossímil naquele Brasil escravocrata, em que a tortura de trabalhadores era ato da rotina de produção.²²⁶

Em relação à reforma processual de 1871, “a diferenciação que se estabelece entre as funções do poder judicial e da polícia parece ter sido o ponto mais importante da Reforma.”²²⁷ Com efeito, na arena do poder, dois grupos procuraram institucionalizar os seus prestígios: i) os juízes de direito, juízes municipais, juízes de paz e promotores públicos, e ii) os chefes, delegados e subdelegados de polícia. Todo o debate encontrava-se circunscrito à ampliação ou restrição das garantias individuais. Se, pelo menos em tese, a presença do juiz de direito reforçava as garantias dos cidadãos previstas na Constituição outorgada em 1824, a participação efetiva dos caudilhos na tomada de decisões cerceava referidas conquistas. A primeira concepção representava a ala liberal; a segunda, a conservadora. Sobre o embate, concluiu Andrei Koerner:

A reforma de 1841 criou uma tabela com os valores máximo e mínimo das fianças em função das penas e deu também às autoridades judiciais o poder de arbitrar esse valor. Essa medida era defendida há muito tempo pelos liberais, como uma forma de impedir que a polícia pudesse manter presos acusados de crimes afiançáveis, estabelecendo arbitrariamente o valor da fiança. [...]. *A reforma manteve a possibilidade de prisões ilegais pela polícia, permanecendo a faculdade de a autoridade policial decretar a prisão preventiva sem mandado nos crimes inafiançáveis. Nesses casos, a prisão poderia ser feita independentemente de ordem escrita da autoridade judicial, quando a polícia encontrasse algum réu para quem fosse “notória” a expedição de mandado de prisão, devendo apresentá-lo em seguida à autoridade competente. [...]. O instituto que melhor representou a derrota do projeto liberal na Reforma de 1871 foi o inquérito policial. Criado pelo Decreto de novembro de 1871, o inquérito definiu a manutenção da iniciativa de ação da polícia na instrução criminal, sem que para isso*

²²⁵ FRAGA, Myriam. *Luiz Gama*. São Paulo: Instituto Callis, 2005, p. 50. (Coleção A luta de cada um).

²²⁶ Prefácio. In: AZEVEDO, Elciene. *Orfeu de carapinha: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999, p. 16.

²²⁷ GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A reforma...*, opus citatum, p. 160.

fosse necessária a intervenção judicial. Desse modo, consolidava-se uma *separação entre Justiça e polícia* em termos bastante diferentes daqueles propostos pelos liberais, *duplicando o processo de formação da culpa e afastando do controle judicial a legalidade dos procedimentos policiais*. [...]. *A prisão preventiva sem mandado de indivíduos acusados de crimes estava em continuidade com outros procedimentos de controle de indivíduos no espaço público. Procedimentos como a custódia legal, que dava à polícia a faculdade legal de deter escravos, negros desconhecidos, libertos, pobres, indivíduos em atitude suspeita, bêbados, vadios e prostitutas, a fim de fazê-los assinar termos de segurança ou de bem-viver; de fazer averiguações, ou simplesmente evitar que eventualmente pudessem vir a cometer alguma transgressão à ordem pública. A prisão preventiva estava também em continuidade com os meios usados pelos fazendeiros para fazer cumprir os contratos de locação de serviços, ou de parceria, que então se experimentavam nas plantações para substituir o trabalho escravo - grifo nosso.*²²⁸

O instituto do inquérito policial surgiu como tema central da transição. É que, da forma como foi elaborada a sua estrutura, assemelhou-se ao processo de instrução criminal propriamente dito. O inquérito, portanto, equiparou-se parcialmente ao processo de formação da culpa. Neste quesito repousa a principal crítica contra a reforma judiciária, uma vez que não houve a consumação de um controle judicial efetivo sobre a legalidade dos procedimentos organizados pela polícia. Sob tal ótica, a admoestação de Luís Antônio Francisco de Souza:

O sistema legal brasileiro sempre permitiu ampla margem de manobra para a polícia, dentro da lei, e não contra ela. Vez ou outra, leis e decretos deram maiores atribuições processuais à polícia, mas, à margem das limitações jurídicas, a polícia continuaria conformando e exercendo seus próprios mecanismos de contenção social, justiça e punição. As instituições da administração da justiça, moldadas ao longo da última metade do século XIX e do primeiro quarto do século XX, revelavam inúmeros problemas tanto de ordem processual quanto de ordem estrutural. O sistema de justiça, não obstante sua complexidade, estava (e ainda está) longe de poder articular um mínimo de dignidade no tratamento de acusados e de vítimas, com um máximo de segurança social. As diferenças práticas de controle e punição da criminalidade e da desordem social evidenciam relações sociais sub-reptícias, marcadas pela hierarquia e pela dissimetria básica proveniente do escravismo. A legislação processual não foi capaz de minimizar o impacto destes fatores no indiciamento, julgamento, condenação e punição dos acusados.²²⁹

Ressalte-se, entretanto, que algumas atribuições foram excluídas da circunscrição policial, a exemplo da competência para o julgamento das “infrações dos termos de bem viver, as posturas municipais e os crimes policiais. Não transferiu, contudo, tais julgamentos para a competência dos juízes de direito.”²³⁰ Consoante o novo organograma, os juízes municipais ficaram incumbidos do julgamento dos crimes policiais e os juízes de paz tornaram-se competentes para o julgamento dos delitos relacionados aos termos de segurança, bem viver e posturas municipais.

²²⁸ *Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 103-106.

²²⁹ *Ibidem*, p. 139.

²³⁰ KOERNER, Andrei. *Ibidem*, p. 103-104.

As alterações legislativas, evidentemente, não tiveram o condão de modificar a natureza dos processos, principalmente os criminais. Na sociedade do latifúndio, dos “abençoados” e da escravidão, a ênfase na criminalização da pobreza funcionava como pressuposto do sistema de transição entre o trabalho escravo e o livre. “No limite, o escravo estava ajudando a formar-se o operário.”²³¹ A respeito do sistema penal, Andrei Koerner leciona:

As prisões do Império destinavam-se sobretudo a punir os pobres livres que estivessem fora dos laços do clientelismo. Eram também depósitos de escravos fugidos e lugar de detenção de outras pessoas sobre as quais recaía a suspeita de escravidão. Serviam igualmente para arremeter mão-de-obra para os trabalhos públicos e para a custódia de indivíduos de qualquer condição, acusados de turbulentos, vadios, bêbados, prostitutas, ou por se tratar de menores, loucos e índios. [...]. As prisões do Império tinham uma forma comum de administração: o diretor recebia completa autonomia, não estava submetido a controles externos, as condições materiais e de pessoal eram precárias, o que estimulava os carcereiros a completar seus baixos salários com emolumentos e com a exploração de pequenos privilégios que concediam aos presos. [...]. Os detidos eram separados pela administração prisional segundo seu estatuto social, existindo, na Cadeia Pública de São Paulo, duas salas destinadas a pessoas de condição social distinta: uma em que eram recolhidos escravos e miseráveis sob custódia, e que se encontrava em estágio deplorável, necessitando reparos; e outra destinada aos presos que tem condição qualificada na sociedade, conquanto não corresponda ao fim que a lei teve em vista com a sua criação, acha-se contudo em bom estado.²³²

No crepúsculo do Império, “já em 1878, o chefe de Polícia ressaltava a periculosidade à noite de locais como a Rua de Santa Efigênia, onde existiam vários cortiços, e o Largo 7 de abril – atual Praça da República.”²³³ Em São Paulo, o panorama não era diverso. Em 1876, o chefe de polícia, em missiva ao ministro da Justiça, narrou que “a cadeia da capital tinha cerca de 50 condenados a galés, segundo ele, homens que viviam no ‘ócio e na inércia’.”²³⁴ O recrudescimento da ação repressiva da polícia, com especial atenção para os casos de vadiagem e crimes contra a propriedade, era peça fundamental para o êxito do novo regime, haja vista a progressão do número de manumissões. No que concerne à sistemática estabelecida para as prisões processuais, enfatiza Marcos Zilli:

O espírito que vigorou no Império era o da obrigatoriedade a não ser para aqueles crimes de menor gravidade, em que o réu se livrasse solto, ou mesmo naquelas infrações afiançáveis. Relativamente à prisão em flagrante, as hipóteses de cabimento ficaram restritas à flagrância real e à detenção precedida de perseguição a qual estava associada ao clamor público. Como independia de ordem judicial, houve a preocupação de se fixar a obrigatoriedade de apresentação do preso ao juiz, a quem incumbiria, então, o interrogatório e a oitiva do condutor e das testemunhas. Cumpridos tais atos e, uma vez convencido das suspeitas da prática delituosa, o juiz ratificava a prisão que somente não seria efetivada caso o agente se livrasse solto ou

²³¹ IANNI, Octavio. *Ibidem*, p. 12.

²³² *Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 41-42.

²³³ FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 170.

²³⁴ AZEVEDO, Elciene. *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2010, p. 70.

quando prestasse fiança, nas situações em que fosse esta admitida. [...]. Já a prisão imposta aos indiciados por crimes inafiançáveis (art. 175 do CPP do Império) constituía, na verdade, o antecedente direto do que, posteriormente, denominou-se de prisão preventiva. [...]. *Dessa forma, para o padrão do sistema processual vigente no Império, a admissibilidade da acusação estabelecia uma presunção quanto à necessidade do recolhimento do réu ao cárcere. O rigor da medida, sob um olhar atual, traduzia uma resposta forte e eficaz de um Estado Monárquico, cuja centralização do poder exigia uma atuação igualmente forte da lei. Na verdade, prevalecia a percepção de que a ausência de qualquer medida constritiva pessoal sobre o provável autor do fato delituoso poderia ser reveladora de uma fraqueza, que não era desejável em um Estado que se pretendia forte e que tinha em seus pilares de sustentação a exploração da mão de obra em sua forma mais arcaica, qual seja, a escravatura. Aliás, o rigor das disposições processuais era um dos fatores de contenção de um sistema social que, por natureza, era extremamente injusto e desigual - grifo nosso.*²³⁵

Além da constante vigilância por intermédio dos órgãos de segurança, nas habitações coletivas do centro do Rio de Janeiro, coloquialmente conhecidas como cortiços, eclodiam epidemias de várias enfermidades, a exemplo da varíola, febre amarela, tuberculose e cólera.²³⁶ Aluísio Azevedo retratou o cotidiano miserável de uma habitação coletiva em fins do século XIX: “Não obstante, as casinhas do cortiço, à proporção que se atamancavam, enchiam-se logo, sem mesmo dar tempo a que as tintas secassem. [...]. Durante dois anos o cortiço prosperou de dia para dia, ganhando forças, socando-se de gente.”²³⁷ Os cortiços se transformaram em locais de reencontro entre familiares e amigos separados pela mercancia de escravos, em verdadeiros quilombos urbanos. A propósito, ilustra esta realidade a biografia do cativo Bráulio:

O fundamental, de qualquer forma, é enfatizar que, para os negros, a liberdade significava, entre outras coisas, o fim de uma vida constantemente sujeita às vicissitudes das transações de compra e venda. As feridas dos açoites provavelmente cicatrizavam com o tempo; as separações afetivas, ou a constante ameaça de separação, eram as chagas eternamente abertas no cativo. A história do escravo Bráulio ressurgiu aqui com toda a força de sua mensagem, e por isso não custa repeti-la em parte. Bráulio sempre vivera com a mãe Severina e outros familiares como escravo do major Nicolau, na província da Bahia; com a morte do senhor e o inventário subsequente, ocorreu a diáspora familiar: a mãe e o irmão Durval foram

²³⁵ Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 85, jul./ago. 2010, p. 455-458.

²³⁶ História construída no entrelaçamento de muitas histórias, a da febre amarela convergiu sistematicamente para a história das transformações nas políticas de dominação e nas ideologias raciais no Brasil do século XIX. Os cientistas da Higiene formularam políticas públicas voltadas para a promoção de melhorias nas condições de salubridade vigentes na Corte e no país em geral. Naturalmente, escolheram priorizar algumas doenças em detrimento de outras. *A febre amarela, flagelo dos imigrantes que, esperava-se, ocupariam o lugar dos negros nas lavouras do Sudeste cafeeiro, tornou-se o centro dos esforços de médicos e autoridades. Enquanto isso, os doutores praticamente ignoravam, por exemplo, uma doença como a tuberculose, que eles próprios consideravam especialmente grave entre a população negra do Rio. A intervenção dos higienistas nas políticas públicas parecia obedecer ao mal confessado objetivo de tornar o ambiente urbano salubre para um determinado setor da população. Tratava-se de combater as doenças hostis à população branca, e esperar que a miscigenação – promovida num quadro demográfico modificado pela imigração europeia – e as moléstias reconhecidamente graves entre os negros lograssem o embranquecimento da população, eliminando gradualmente a herança africana da sociedade brasileira - grifo nosso.* (CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 9).

²³⁷ *O cortiço*. 31. ed. São Paulo: Editora Ática, 1997, p. 25-26. (Série bom livro).

vendidos para o Rio Grande do Sul e Bráulio, “como depois procedesse mal”, acabou vendido para uma fazenda de café no sudeste. O negro fugiu da fazenda e foi preso na Corte, “por suspeito de ser escravo”, quando tentava tomar um vapor de volta à sua terra natal. Por isso tudo, devia ser importante, e emocionante, conseguir juntar algumas pessoas queridas na liberdade, mesmo que o cenário do alvitre fosse um dos miseráveis cortiços da Corte.²³⁸

Sob o argumento clínico da “higienização” e da necessidade de reforma urbana, ao modo francês, o prefeito, Francisco Pereira Passos (1902-1906), determinou a expulsão de todas as moradias humildes. O conjunto de medidas sanitárias foi deliberado em congresso médico realizado no ano de 1889.²³⁹ As classes pobres, vítimas da retirada compulsória informalmente chamada de “bota-abaixo”, em virtude da envergadura da violência, subiram os morros e ocuparam os subúrbios cariocas. O saneamento, a urbanização, a modernização do porto e o embelezamento das ruas e avenidas do Rio de Janeiro, sede do Império e primeira capital da República, beneficiou apenas as classes proprietárias dos meios de produção e aqueles que gozavam do prestígio do poder político.

²³⁸ CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 244.

²³⁹ No caso brasileiro, a campanha higienista esteve sobretudo a serviço de dois projetos da classe dominante: superar a humilhação frente ao “atraso” do país em relação aos “países civilizados”, pela realização do sonho provinciano de assemelhar-se à Europa, e salvar a nacionalidade pela regeneração do povo. (FAUSTO, Boris. *Trabalho urbano e conflito social (1890-1920)*. Rio de Janeiro: Difusão Europeia do Livro, 1977, p. 178-179).

4 O PROCESSO PENAL NA REPÚBLICA

4.1 A República Velha (1889-1930)

A escravidão no Brasil, vigente formalmente por quase quatro séculos, não cessou em 1888. A Lei 3.353, mais conhecida como “Lei Áurea”, 13 de maio, não é produto da clemência imperial ou da pressão internacional. Na literatura oitocentista, Machado de Assis exclamou: “Quem não sabe que ao pé de cada bandeira grande, pública, ostensiva, há muitas vezes várias outras bandeiras modestamente particulares, que se hasteiam e flutuam à sombra daquela, e não poucas vezes lhe sobrevivem?”²⁴⁰ “Tanto o Império quanto a Primeira República ensaiaram uma modernização conservadora do Brasil, sem reformas estruturais.”²⁴¹ Somente a identidade política do Estado foi alterada.²⁴² A sociedade, a rigor, não passou por mudanças substanciais²⁴³, uma vez que:

A proclamação da república não trouxe transformações econômicas, sociais ou políticas radicais, nem marcou o ingresso do Brasil no concerto das nações civilizadas. Ela não foi, como freqüentemente (*sic*) se afirma, o desfecho das questões religiosa e militar do fim do Império, dos excessos cometidos pela Coroa ou da insatisfação dos fazendeiros com a abolição da escravatura; não foi também fruto de uma antiga e irreprimível aspiração republicana nacional, que se teria manifestado desde os movimentos revolucionários ocorridos depois da Independência; muito menos, expressão do desejo libertário de segmentos oprimidos das classes populares ou dos

²⁴⁰ *Memórias...*, opus citatum, p. 18.

²⁴¹ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A situação da justiça penal no Brasil do século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, jan./dez. 2007, p. 47.

²⁴² A proclamação da República representa, como em muitas outras ocasiões em nossa história, uma revolução “pelo alto”, um movimento de mudança visando, paradoxalmente, a manutenção das relações fundamentais de poder intactas, aptas a reproduzir a dominação oligárquica no Brasil, o que não exclui a ocorrência de mutações de caráter superestrutural na sociedade e nem tampouco o ingresso de novos atores sociais na cena política, como por exemplo os militares, ainda impregnados em significativo número pelo positivismo então reinante nas escolas militares, e a classe média urbana. Os juristas, como não poderia deixar de ser, considerando-se o papel histórico por eles representado na construção da nação, participaram ativamente da estruturação do Estado republicano, orientando-o no sentido da modernização conservadora. (FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 269).

²⁴³ Tinham-se aperfeiçoado os métodos de beneficiamento de café, construído ferrovias que revolucionaram o sistema de transportes e experimentara-se o trabalho livre. Formara-se um novo grupo social, uma nova oligarquia que irá controlar o poder político durante a Primeira República. *Depois da Abolição não se realizaram os vaticínios sombrios daqueles que auguraram uma catástrofe nacional*. Apesar da momentânea desorganização do trabalho e da decadência rápida de certas áreas, o ritmo de desenvolvimento econômico do país acelerou-se. [...]. *Como a Abolição resultara mais do desejo de livrar o país dos inconvenientes da escravidão do que emancipar o escravo, as camadas sociais dominantes não se ocuparam do negro e da sua integração na sociedade de classes. O ex-escravo foi abandonado à própria sorte. Suas dificuldades de ajustamento às novas condições foram encaradas como prova de incapacidade do negro e da sua inferioridade racial. Chegou-se a dizer que era mais feliz na situação de escravo do que na de homem livre, pois não estava apto a conduzir a própria vida*. [...]. A abolição representou uma etapa do processo de liquidação da economia colonial no país, envolvendo uma ampla revisão dos estilos de vida e de valores da nossa sociedade. *Não significou, entretanto, uma ruptura definitiva com o passado* - grifo nosso. (COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia...*, opus citatum, p. 340-342).

anseios liberais de uma nascente classe média urbana, que os militares representariam.²⁴⁴

Do ponto de vista jurídico, a República promulgou o Código Penal de 1890, antes mesmo da Constituição de 1891 e do Código Civil de 1916. O extremo entre os Códigos, 26 anos, não é um dado desprezível. Em circunstâncias vulneráveis a doutrinas autoritárias, a reestruturação, mesmo artificial, do sistema político é liturgicamente acompanhada pela reorganização do rol de penas. Ressalte-se que, com exceção do Código Comercial de 1850 e de algumas leis extravagantes, o Império que inaugurou o Código Criminal de 1830 e o de Processo Criminal de 1832 foi omissivo na codificação civil. O apreço em relação às normas que regulavam a repressão sempre foi superior no que concerne às que disciplinavam as relações civis. Assim, apesar do contrato para a elaboração do esboço de codificação das leis brasileiras ter sido assinado em 1859 por Augusto Teixeira de Freitas, o Código Civil somente foi promulgado no século seguinte, 1916, 57 anos depois, por obra de outro jurista, Clóvis Beviláqua.

A proclamação da República, 1889, semelhante ao desfile das tropas de uma guarnição, surpreendeu o povo, atônito. Motivado por questões econômicas, religiosas e militares, o movimento que oficializou a derrocada do Império, já moribundo, não conseguiu, sequer, despertar o imaginário popular republicano.²⁴⁵ “O esforço despendido não foi suficiente para quebrar a barreira criada pela ausência de envolvimento popular na implantação do novo regime. Sem raiz na vivência coletiva, a simbologia republicana caiu no vazio.”²⁴⁶ Sobre as peculiaridades da modernização brasileira, assinala Raymundo Faoro:

Sob a vigilância de uma *república ditatorial* (*ditatorial* a república por inspiração comitiana e também porque, para tamanha obra, se exigia, como veio a se entender ainda um século mais tarde, e é sempre congenial às modernizações, a coação e a repressão), criar-se-ia, fomentar-se-ia, estimular-se-ia uma classe de empresários, sempre tutelados. [...]. Com a homenagem verbal à ideologia liberal, debaixo de constituições de papel, além da grande modernização de 89-90, na verdade uma gigantesca bolha industrializante, sucedem-se, no espaço de menos de 50 anos, muitas outras. O progresso era, os direitos do cidadão não existiam, inclinando, tais empresas, as classes altas para o evolucionismo de Spencer, apto a abrigar as teorias racistas, que, ao justificarem-nas, davam-lhe uma base biológica. Para citar exemplos: *houve a modernização médica, com a vacina obrigatória, uma obra que bem poderia ser*

²⁴⁴ PATTO, Maria Helena Souza. Estado, ciência e política na Primeira República: a desqualificação dos pobres. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 13, n. 35, jan./abr. 1999, p. 167.

²⁴⁵ Tôda (*sic*) a história do Brasil, do século XVII em diante, é uma série contínua de revoltas, revoluções, motins, levantes, golpes, rebeliões, a ponto de esgotar o dicionário. Mas nem todos esses movimentos ou quase-movimentos, - pois alguns não passaram de conjuras - tiveram caráter republicano. E quase nunca era a República o objetivo *final*. Quase sempre era a República um meio para atingir os verdadeiros objetivos, quando havia objetivos. (BASBAUM, Leôncio. *História sincera da República: das origens até 1889*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1986, p. 181).

²⁴⁶ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 141.

*feita por um personagem de Ibsen, a modernização urbanística, no Rio de Janeiro, que expulsou moradores e proprietários pobres de suas casas sem que lhes permitisse o acesso ao juiz. Só faltou, para se caracterizar uma modernização, a tesoura de Pedro, o Grande, cortando, em pessoa, a barba de seus boiardos, ocidentalizando-os com um toque de magia barbeiril - grifo nosso.*²⁴⁷

Em um país imerso na desigualdade social, egresso de uma monarquia caracterizada pelo elemento servil²⁴⁸, “o leque dos destinos disponíveis, de amplitude vertiginosa e catastrófica para a parte pobre, é, para a parte proprietária, o campo das opções oferecidas ao exercício do capricho.”²⁴⁹ Com efeito, a população composta pelos alforriados e por vários imigrantes, exilados de sua cidadania, ficou à mercê da benevolência discricionária dos membros das classes abastadas. Novamente explorados, este contingente, “ontem escravos, hoje subassalariados”²⁵⁰, formou a classe subalterna da dinâmica capitalista do início do século XX²⁵¹, “pois sempre a pobreza e a privação foram as melhores e mais seguras fontes de riqueza.”²⁵² A igualdade perante a lei e a liberdade predominante no exercício do trabalho integram uma comédia ideológica desconcertante.²⁵³ Conforme a síntese de Roberto Schwarz:

Esquemmatizando, pode-se dizer que a colonização produziu, com base no monopólio da terra, três classes de população: o latifúndio, o escravo e o “homem livre”, na verdade dependente. Entre os primeiros dois a relação é clara, é a multidão dos terceiros que nos interessa. Nem proprietários nem proletários, seu acesso à vida social e a seus bens depende materialmente do favor, indireto ou direto, de um grande. O agregado é a sua caricatura. O favor é, portanto, o mecanismo através do qual se reproduz uma das grandes classes da sociedade, envolvendo também outra, a dos que têm. [...]. E assim como o profissional dependia do favor para o exercício de sua profissão, o pequeno proprietário depende dele para a segurança de sua propriedade,

²⁴⁷ A questão nacional: a modernização. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 6, n. 14, jan./abr. 1992, p. 12-13.

²⁴⁸ Sem oportunidades, ou desejo, de constituir família, viver em comunidade, apropriar-se de alguma parcela de seu trabalho ou negociar com seu proprietário, as opções dos homens e mulheres cativos se restringiam à completa submissão ou à fuga, ao suicídio e ao crime, únicas possibilidades de resistência à despersonalização decorrente da condição cativa. (RIOS, Ana Maria Lugão; MATTOS, Hebe Maria. *Memórias do cativo*: família, trabalho e cidadania no pós-abolição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 21-22).

²⁴⁹ SCHWARZ, Roberto. *Um mestre na periferia do capitalismo*, opus citatum, p. 88-89.

²⁵⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 210.

²⁵¹ O sistema conheceu sem dúvida uma luta de classes bastante viva, mas não houve insurreição vitoriosa dos oprimidos e, menos ainda, uma guerra civil. Os oprimidos não saíram vitoriosos desta luta, não conquistaram o poder político e não se converteram em classe dominante. Bem pelo contrário, a despeito da supressão da propriedade escrava e da conversão dos escravos em homens juridicamente livres, *os oprimidos continuaram oprimidos*, nos escalões mais subalternos da sociedade brasileira, ao passo que os exploradores não saíram vencidos e, o que é mais, preservaram a propriedade dos meios de produção, sobretudo a terra, mantendo assim sua dominação econômica e social - grifo nosso. (FREITAS, Décio. *Escravos e senhores de escravos*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1983, p. 163. Série Novas Perspectivas 4).

²⁵² CANDIDO, Antonio. *O discurso e a cidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2010, p. 121.

²⁵³ É possível dizer que no Brasil desenvolveram-se formas de sociabilidade diversas, nas quais a afirmação do igualitarismo das Luzes e dos Direitos dos Homens pode existir de maneira difusa por causa da ausência da noção de direitos dos cidadãos. Em uma sociedade na qual a falta do indivíduo, das instituições e do formalismo do Estado – tão desfigurado em meio à dispersão dos poderes locais – era fato, as teorias raciais pareciam estar no lugar, à medida em que o problema da nacionalidade como que escapava do plano da cultura para se transformar em uma questão da natureza. (SCHWARZ, Lilia Moritz. Espetáculo da miscigenação. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 8, n. 20, jan./abr. 1994, p. 148).

e o funcionário para o seu posto. *O favor é a nossa mediação quase universal* – e sendo mais simpático do que o nexo escravista, a outra relação que a colônia nos legara, é compreensível que os escritores tenham baseado nele a sua interpretação do Brasil, *involuntariamente disfarçando a violência, que sempre reinou na esfera da produção*. [...]. *O escravismo desmente as ideias liberais*; mais insidiosamente o favor, tão incompatível com elas quanto o primeiro, as absorve e desloca, originando um padrão particular. O elemento de arbítrio, o jogo fluido de estima e auto-estima a que o favor submete o interesse material, não podem ser integralmente racionalizados. Na Europa, ao atacá-los, o universalismo visara o privilégio feudal. No processo de sua afirmação histórica, a civilização burguesa postulava a autonomia da pessoa, a universalidade da lei, a cultura desinteressada, a remuneração objetiva, a ética do trabalho etc. – contra as prerrogativas do *Ancien Régime*. O favor, ponto por ponto, pratica a dependência da pessoa, a exceção à regra, a cultura interessada, remuneração e serviços pessoais. Entretanto, não estávamos para a Europa como o feudalismo para o capitalismo, pelo contrário, éramos seus tributários em toda linha, além de não termos sido propriamente feudais – a colonização é um feito do capital comercial. [...]. O mesmo se passa no plano das instituições, por exemplo com burocracia e justiça, que embora regidas pelo clientelismo, proclamavam as formas e teorias do estado burguês moderno. [...]. Assim, com método, atribui-se independência à dependência, utilidade ao capricho, universalidade às exceções, mérito ao parentesco, igualdade ao privilégio.²⁵⁴

O sentido da modernização conservadora, “a extinção do trabalho escravo de modo gradual e seguro e a constituição de um mercado de trabalho livre, sem prejuízos para a lavoura”²⁵⁵, foi alcançado à base de muita repressão policial, prisões ilegais e “disciplina” do trabalho.²⁵⁶ A fundação da República ocorreu sob o estigma da expressão ordem pública. O desenvolvimento da pátria deveria transcorrer por intermédio de um progresso ordeiro, sem insurreições sociais localizadas e muito menos generalizadas. Neste particular, Eric John Ernest Hobsbawm enfatiza que “o darwinismo social e a antropologia racista pertencem não à ciência do século XIX, mas à sua política.”²⁵⁷ Conforme a análise de Gizlene Neder, “sobretudo na virada do século XIX para o XX, encontramos no pensamento e na prática dos juristas do Brasil fortíssimos indícios de uma reflexão que se destaca pela força de expressão e inserção no processo de construção da ordem burguesa.”²⁵⁸ É a lição de Sidney Chalhoub:

²⁵⁴ SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000, p. 15-19.

²⁵⁵ LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre*: a lei de locação de serviços de 1879. Campinas, SP: Papirus, 1988, p. 163.

²⁵⁶ A classe dominante usa de todos os recursos para abafar as crescentes reivindicações do movimento operário. Os governos impõem uma repressão policial que resulta em mortes, fechamento de sindicatos, prisão e deportação de líderes, expulsão de estrangeiros e legislação cada vez mais ferrenha; muitas vezes utilizam-se das forças armadas estaduais e federais para pôs fim a greves mais violentas ou duradouras. Os patrões dispensam os líderes, chegam a fechar as fábricas para dissuadir os grevistas, negam-se a pagar os dias de greve. A República inicia-se com greve na Estrada de Ferro Central do Brasil, movimento articulado para a proclamação do novo regime e dirigido pelo Tenente Vinhaes; o fato se repete em 23 de novembro de 1891 e em 1893, no desencadear da Revolta da Armada. (CARONE, Edgard. *A República Velha*: instituições e classes sociais (1889-1930). 4. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Difel, 1978, p. 217-218).

²⁵⁷ *A era do capital*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 277.

²⁵⁸ *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927). 2. ed. Niterói, RJ: Editora da UFF, 2012, p. 16.

Era necessário que o conceito de trabalho ganhasse uma valoração positiva, articulando-se então com conceitos vizinhos como os de “ordem” e “progresso” para impulsionar o país no sentido do “novo”, da “civilização”, isto é, no sentido da constituição de uma ordem social burguesa. [...]. *Era este princípio supremo, o trabalho, que iria, até mesmo, despertar o nosso sentimento de nacionalidade, superar a preguiça e a rotina associadas a uma sociedade colonial e abrir desta forma as portas do país à livre entrada dos costumes civilizados – e do capital – das nações européias (sic) mais avançadas. [...]. Este primeiro movimento para transformar o agente social expropriado em trabalhador assalariado tem como alvo, então, a “mente” ou o “espírito” dos homens livres em questão. Desejava-se, na verdade, que os homens livres internalizassem a noção de que o trabalho era um bem, o valor supremo regulador do pacto social. Note-se, ainda, que este movimento de controle de espíritos e mentes lançava suas garras muito além da disciplinarização do tempo e do espaço estritamente do trabalho – isto é, da produção -, pois a definição do homem de bem, do homem trabalhador, passa também pelo seu enquadramento em padrões de conduta familiar e social compatíveis com sua situação de indivíduo integrado à sociedade, à nação. [...]. Este primeiro movimento, por si só, não era suficiente para garantir a subsunção do trabalho ao capital. A imposição de uma ordem social capitalista na cidade do Rio de Janeiro no período se fez também, na prática, “pela transformação da rua em verdadeiro espaço de guerra”, na expressão feliz de Maria Alice R. de Carvalho. Ou seja, a vigilância “espiritual” do agente social expropriado que deveria se tornar trabalhador se completava, no cotidiano, pelo exercício da vigilância policial. Este segundo movimento para submeter o homem livre pobre à sociedade ordenada pelo trabalho tem como objeto de ação direta o corpo dos despossuídos, pois estes, ao serem estigmatizados pelas autoridades policiais e judiciárias como “vadios”, “promíscuos” ou “desordeiros”, podem ser arremessados, repentinamente, ao xilindró, onde seriam supostamente “corrigidos” – vale dizer, transformados em trabalhadores, por mais inverossímil que isto possa parecer - grifo nosso.²⁵⁹*

A concepção de ordem e disciplina burguesa, primeiro passo da elite para a construção de uma nação “moderna e civilizada”, fundamentou-se em dois compromissos específicos, cuja execução reclamou simultaneidade. A nova ideologia do trabalho assalariado, rebotalho do escravismo e da imigração, deveria garantir, sem sobressaltos ou movimentos paredistas, a regularidade da prestação da labuta e, ato contínuo, a acumulação do capital. Concomitantemente, o movimento do labor deveria ser acompanhado por uma severa vigilância policial.

Tanto no Império quanto na República, os pobres tiveram frequência assídua nos protocolos policiais. As prisões se proliferavam pelos mais variados motivos, sendo os mais comuns o cometimento da desordem, da embriaguez, do jogo, da vadiagem e da capoeira. “Bastava ser pobre, não-branco, desempregado ou insubmisso para estar *sob suspeita* e cair nas malhas da polícia. Sem nenhum poder a opor ao poder policial, os pobres eram detidos a todo momento e adensavam as estatísticas criminais.”²⁶⁰ Para o aparelho policial, este grupo, composto geralmente por mendigos, prostitutas, ambulantes, bicheiros e engraxates, tinham

²⁵⁹ *Trabalho, lar e botequim: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da belle époque*. 3 ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2012, p. 48-51.

²⁶⁰ PATTO, Maria Helena Souza. *Ibidem*, p. 175.

propensão ao furto, roubo e vício. O recurso utilizado comumente pela burguesia foi o determinismo racial, a crença no processo de branqueamento biológico e cultural da população. “As construções discursivas oficiais tenderiam cada vez mais a trabalhar politicamente os estereótipos de ‘vadiagem’ e ‘preguiça’ para os ‘trabalhadores nacionais’ e de ‘morigeração’ e ‘trabalho’ para o imigrante europeu.”²⁶¹ Em relação às pessoas que conseguiam uma inserção no precário mercado de trabalho, denuncia Boris Koval:

A causa principal do agravamento da luta de classes no Brasil depois da abolição da escravatura foi a difícil situação econômica dos trabalhadores, que de fato não obtiveram nenhuma melhora real. Mais do que isso, em muitos casos, em virtude do aumento da oferta de mão-de-obra com a libertação dos escravos, os empresários reduziam os salários que já eram extremamente baixos. *A jornada de trabalho não era regulamentada, os patrões muitas vezes recorriam a castigos corporais, multas e todo tipo de ações arbitrárias*, certos de sua total impunibilidade. *Segundo o Código Penal, os grevistas eram criminosos e bandidos e por isso deveriam cumprir pena de prisão*. Nessas condições os operários tiveram de iniciar uma longa e tenaz luta pelo reconhecimento de seu direito à greve. O Centro da Classe Operária da capital, fundado em 1890, foi sobretudo ativo na luta contra a punição penal por participação em greve - grifo nosso.²⁶²

A Constituição de 1824 e a de 1891, apesar de reverenciadas como liberais, foram profundamente antidemocráticas. A República, paradoxalmente, tolheu o direito de voto dos não alfabetizados e eximiu o Estado de garantir a educação pública primária.²⁶³ No plano

²⁶¹ MATTOS, Hebe Maria. Prefácio. In: COOPER, Frederick; HOLT, Thomas C.; SCOTT, Rebecca J. *Além da escravidão: investigações sobre raça, trabalho e cidadania em sociedades pós-emancipação*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 32.

²⁶² *História do proletariado brasileiro: 1857 a 1967*. Tradução de Clarice Lima Avierina. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1982, p. 86-87. (Coleção Esta América).

²⁶³ O novo regime inicia-se prescrevendo importante alteração, ao atribuir aos estados-federados a competência sobre os assuntos de instrução pública. No entanto, durante os trabalhos do Congresso Constituinte, por meio dos quais se estabeleceu a Carta Magna de 1891, tratou-se de especificar as normas referentes à instrução pública, que, de modo geral, na forma ou no espírito da lei, não importa -, *mantiveram os pontos de vista assentados nos dispositivos constitucionais do Império*. [...]. *Vigorou, no entanto, a doutrina estabelecida desde o Império, segundo a qual o Governo Federal se desobrigava da educação popular*, entregue à competência exclusiva dos estados – e, por extensão, o ensino normal cabendo a ele a competência exclusiva para legislar sobre o ensino secundário e superior. [...]. *Na prática, portanto, de pouco valeu a passagem do Império para a República, duas formas doutrinariamente diversas de organização do Estado, bem como de pouco valeram as pregações dos propagandistas e idealizadores da República a respeito da instrução, pois, com essa passagem, permaneceram os mesmos princípios adotados no regime anterior, especialmente o descaso com relação à educação popular, que foi o aclamado instrumento para tornar possível o sufrágio universal, fundamento do novo regime*. [...]. A coincidência que se nota tanto no âmbito do Estado-federal quanto no dos estados-membros serve para demonstrar, de maneira mais vigorosa, determinados aspectos da política educacional adotada pelo Estado e permite reforçar a ideia de que, nesse campo, como em outros – existiu continuidade ou permanência de suportes sociais básicos. A sociedade brasileira, ao tempo do Império, era uma sociedade de moldes francamente aristocráticos, onde os títulos nobiliárquicos tinham a importante função de manter o sistema dominante de valores. Os diplomas conferidos pelas escolas superiores – por extensão, os da escola secundária – constituíam um dos instrumentos por meio do qual uma pequena camada da população adquiria privilégios na vida pública e privada. Nesse sentido, convinha que o ensino superior estivesse intimamente ligado ao pequeno grupo que dirigia a organização do Estado e fosse por este controlado. Assim, o título de bacharel – como o de “coronel” – se transforma em título com foros de nobreza, e seus possuidores passam a compor verdadeira ordem honorífica, com prerrogativas e regalias especiais; *a instituição do bacharelismo foi uma força social de muita repercussão na evolução histórica*

infraconstitucional, “o Código Criminal de 1890 teve a mesma inspiração. Tentou proibir as greves e coligações operárias em descompasso com as correções que já se faziam na Europa à interpretação rígida da liberdade de contrato de trabalho.”²⁶⁴ Segundo a reflexão de Maria Helena Souza Patto:

Todo esse período foi marcado por um sem-número de exemplos de brutalidade repressiva, orientação professada pelos governantes, apoiada por industriais e fazendeiros e muito bem resumida pelo presidente Washington Luís (que fora Secretário da Justiça e da Segurança Pública do Estado de São Paulo) quando definiu a “questão social” - que era como então se chamavam os conflitos sociais - como “caso de polícia”. Foi assim na greve de operários numa fábrica de sapatos no Rio de Janeiro, em 1902; no movimento grevista na Cia. Doca de Santos, em 1904; na greve de ferroviários paulistas, em 1906; na Revolta da Chibata, em 1910, quando marinheiros negros e mulatos rebelaram-se contra o uso do chicote como instrumento de punição na Marinha; em Juazeiro e no Contestado; na greve de colonos das fazendas de café da região de Ribeirão Preto, em 1913; na primeira greve geral que parou cerca de 50 mil trabalhadores da cidade de São Paulo, em 1917; na greve da Cia. Mogiana, em 1920, e assim por diante. [...]. Além de deter o protesto proletário, cabia à polícia recalcar toda sorte de comportamento desordeiro - que mudanças no Código Penal tratavam de criminalizar -, tarefa que cumpriu com ímpeto, pois nas quatro primeiras décadas republicanas o número de detenções em São Paulo foi quase três vezes maior do que na Londres do mesmo período. Dados colhidos nos relatórios de secretários da Justiça e de chefes de Polícia da capital paulista no período de 1890-1924 mostram que a maior parte das prisões entre 1892 e 1916 se deu por prática de contravenção (83.8%), ou seja, de crimes sem vítimas, como “embriaguez”, “desordem” e “vadiagem”. Nesta categoria estavam também os “suspeitos” e os detidos para “averiguações”, fato sugestivo no terreno social de então.²⁶⁵

A constituição do mercado de trabalho livre no Brasil, a partir da escravidão e da imigração, ocorreu sob o signo da violência, da intolerância e do preconceito. No início do século XX, “bastava ser pobre, não-branco, desempregado ou insubmisso para estar *sob suspeita* e cair nas malhas da polícia. Sem nenhum poder a opor ao poder policial, os pobres eram detidos a todo momento e adensavam as estatísticas criminais.”²⁶⁶ Os imigrantes europeus, em grande medida, foram alocados na incipiente indústria. Os negros e mulatos, por outro lado, ficaram isolados dos núcleos dos processos produtivos mais rentáveis. Sobre este contingente, impossibilitado de inserção no ciclo do capital em virtude da marginalização do cativo, disseminou-se, por intermédio dos proprietários dos meios de produção, a condição de imprestáveis para o trabalho.

Na concepção pejorativa dos donos do capital, os descendentes do regime escravocrata possuíam uma aptidão congênita para o trabalho manual e uma tendência natural a não serem

brasileira - grifo nosso. (NAGLE, Jorge. *Educação e sociedade na Primeira República*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 303-307).

²⁶⁴ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 45.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 172.

²⁶⁶ PATTO, Maria Helena Souza. *Ibidem*, p. 175.

adestrados pela “‘escola do trabalho’, sendo frequentemente transformados em itinerantes que vagueiam pelos campos e cidades, vistos pelos senhores como a encarnação de uma corja inútil que prefere a vagabundagem, o vício ou o crime à disciplina do trabalho.”²⁶⁷ A tarefa de construção e manutenção da ordem burguesa no Brasil coube, na prática, aos militares. Inepta na condução do processo por intermédio de partidos políticos, ao contrário das classes agrárias, organizadas em agremiações desde o Império, a burguesia utilizou os marechais, direta e indiretamente²⁶⁸, para o exercício do poder e, por via de consequência, para a manutenção dos seus privilégios na trajetória de acumulação do capital.

4.2 A doutrina brasileira do *habeas corpus*

O *habeas corpus* é um dos principais instrumentos para a defesa do direito à liberdade. Ele encontra-se na vanguarda das conquistas liberais. Conforme a disciplina constitucional, a ordem de *habeas corpus* será deferida “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, LXVIII).²⁶⁹ No plano infraconstitucional, o art. 647 do Código de Processo Penal prescreve que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”²⁷⁰ O art. 142, § 2º, da Constituição da República veda a concessão de *habeas corpus* no âmbito das punições disciplinares militares.²⁷¹

A natureza jurídica do *habeas corpus* é de ação penal popular constitucional. A genealogia do *habeas corpus* é alvo de muitas polêmicas. Há quem insinue, como fonte da ação, “o *interdictum de homine libero exhibendo* do direito romano, da mesma forma como se afirma, na literatura mais apegada à tradição ibérica, que o instituto deriva do procedimento de

²⁶⁷ KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994, p. 43-44.

²⁶⁸ Na época da República Velha, assumiram a presidência da República os seguintes oficiais: Marechal Deodoro da Fonseca (1889/1891), Marechal Floriano Peixoto (1891/1894) e Marechal Hermes da Fonseca (1910/1914). Os demais, civis, todos advogados, cumpriram a política dos governadores, denominada política do café com leite, na qual predominavam os interesses dos Estados de Minas Gerais e de São Paulo; por coincidência, os dois mais ricos da nova Federação.

²⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 19.

²⁷⁰ BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Presidência da República*, opus citatum.

²⁷¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 74.

manifestación de personas aragonês, ou da carta de seguro do antigo direito lusitano.²⁷² De acordo com o magistério de J. M. Othon Sidou, reputa-se:

A origem do *habeas corpus* ao direito romano. Havia dois institutos que mesmo não tendo aplicabilidade em relação aos governantes, pois estes eram considerados como homens acima da lei, tinham finalidade similar ao *writ*. O primeiro deles recebia a nomenclatura *interdictum de liberis exhibendis*, e servia para o paterfamílias reaver a mulher, o filho ou o pupilo que estivesse na posse de alguém que não os quisesse devolver, sem ter o direito de detê-los (ex.: o sogro decide não entregar a mulher ao marido). O segundo instituto, que era conhecido como *interdictum de homine libero exhibendo*, obrigava uma pessoa a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, impedindo que alguém detivesse ilegalmente qualquer homem livre. Expedido o interdito, aquele que constringia a liberdade de um homem livre era obrigado a exibi-lo para o pretor, que decidia se este tinha o direito ou não de detê-lo. Se a decisão fosse negativa, a libertação era obrigatória.²⁷³

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, antes segmentados em diversas classes sociais, a exemplo dos patrícios, dos escravos e dos estrangeiros, “os homens lograram em Roma, por processo de dilatação jurídica, que é uma das formas da evolução do direito, menor dependência recíproca, porém a liberdade não era a regra.”²⁷⁴ Nesta conjectura, o *interdictum de liberis exhibendis* e o *interdictum de homine libero exhibendo* eram as ações principais para que um homem livre pudesse restituir o seu direito de ir, vir e ficar. A doutrina majoritária, entretanto, defende que a origem do *habeas corpus* repousa no direito inglês. Com efeito, assinala Helvécio Damis de Oliveira Cunha:

Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O *writ of 'habeas corpus'* evoluiu. No início não era vinculado à idéia (*sic*) de liberdade de locomoção, mas ao conceito de *'due processo of law'*, e era usado até mesmo em matéria civil. Mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias outras modalidades. [...]. Com o passar dos anos após a Magna Carta, os opressores do povo inglês passaram a ignorar a existência do instituto. Somente no século XVII, sob o reinado de Carlos I, que a velha ambição de ser livre incendiou novamente o ânimo do povo inglês. A luta, propriamente dita, recomeçou com a *Petition of Rights*, visto que, as ordens de *habeas corpus* eram negadas a todo momento, até que surge o famoso *'Habeas Corpus Act'*, em 1679, no reinado de Carlos II, considerado pelos ingleses como a nova Magna Carta. O *Habeas Corpus Act* aparou as arestas do instituto, estendendo-lhe a área de incidência para a defesa pronta e rápida da liberdade pessoal, inclusive contra ato de particular. A partir destes fatos, o *habeas corpus* nascido no direito inglês irradia-se para o mundo.²⁷⁵

No Brasil, apenas a Constituição de 1824 não contemplou expressamente o instituto. “Muito embora não houvesse previsão expressa da garantia do *habeas corpus* na Constituição de 1824, lá havia a tutela da liberdade de locomoção (art. 179, incs. VI, VIII e IX) e também

²⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

²⁷³ *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 8.

²⁷⁴ *História e prática do habeas corpus*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2003, p. 184. t. I.

²⁷⁵ CUNHA, Helvécio Damis de Oliveira. Aspectos fundamentais do *habeas corpus* e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 97, v. 869, mar. 2008, p. 490-491.

vedação de qualquer hipótese de prisão arbitrária.”²⁷⁶ Ressalte-se que, do ponto de vista formal, “as reminiscências do instituto do *habeas corpus*, no Direito Processual Penal Brasileiro, deitam as suas raízes no Decreto de 23 de maio de 1821, Código Penal de 1830 e em especial no Código de Processo Penal de 1832.”²⁷⁷ Conforme a síntese de Fernando da Costa Tourinho Filho:

De uma forma ou de outra, uma coisa é certa: não o conheceu o Brasil-Colônia. Àquela época, a medida destinada a tutelar a liberdade individual era o interdito *De homine libero exhibendo*. Parte da doutrina faz referência, também, às Cartas de Seguro do velho sistema português, que vigoraram entre nós ao tempo do Brasil-Colônia. Entretanto, parece-nos, elas visavam, apenas, à concessão de liberdade provisória. Foi contudo com o *habeas corpus* que o direito individual encontrou a sua maior proteção.²⁷⁸

O *habeas corpus*, hospedado até mesmo nas Constituições outorgadas de 1937 e 1967, sempre padeceu da ressalva quanto à sua impetração perante as transgressões disciplinares. Além disso, no apogeu da ditadura militar (1964/1985), “o artigo 10 do Ato Institucional n. 5, de 1968, suspendeu o cabimento do *habeas corpus* com relação aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.”²⁷⁹ Trata-se de cláusula restritiva absolutamente incompatível com uma ordem jurídica e, principalmente, com um regime democrático. O art. 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988, lamentavelmente, estabelece a impossibilidade de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

O art. 72, § 22, da Constituição de 1891 prescrevia que “dar-se-há (*sic*) *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer (*sic*) ou se achar em imminente (*sic*) perigo de sofrer (*sic*)

²⁷⁶ AGUIAR, Christopher Rezende G. O *habeas corpus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 105, v. 404, jul./ago. 2009, p. 563. Os dispositivos citados possuíam a seguinte redação: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos (*sic*) dos Cidadãos Brasileiros (*sic*), que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio (*sic*), pela maneira seguinte. [...]. VI. Qualquer póde (*sic*) conservar-se, ou sahir (*sic*) do Imperio (*sic*), como lhe convenha, levando consigo (*sic*) os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes (*sic*), e salvo o prejuizo (*sic*) de terceiro. [...]. VIII. Ninguém (*sic*) poderá ser preso sem culpa formada, excepto (*sic*) nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas (*sic*), ou outras Povoações proximas (*sic*) aos logares (*sic*) da residencia (*sic*) do Juiz; e nos logares (*sic*) remotos dentro de um prazo razoavel (*sic*), que a Lei marcará, attenta (*sic*) a extensão do territorio (*sic*), o Juiz por uma Nota, por elle (*sic*) assignada (*sic*), fará constar ao Réo (*sic*) o motivo da prisão, os nomes do seu accusador (*sic*), e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguém (*sic*) será conduzido á (*sic*) prisão, ou nella (*sic*) conservado estando já preso, se prestar fiança idonea (*sic*), nos casos, que a Lei a admite (*sic*): e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes (*sic*) de prisão, ou desterro para fóra (*sic*) da Comarca, poderá o Réo (*sic*) livrar-se solto.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 810).

²⁷⁷ MEIRA, José Boanerges. *Habeas Corpus*. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, a. XVIII, n. 119, set./out. 2004, p. 273.

²⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 645. v. 4.

²⁷⁹ MALAN, Diogo Rudge. Efetividade da garantia do *habeas corpus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, v. 390, mar./abr. 2007, p. 59.

violência (*sic*), ou coacção (*sic*) por ilegalidade (*sic*), ou abuso de poder.”²⁸⁰ Como se extrai do preceito, o texto que inaugurou a República “não fazia referência ao mandado de segurança, mas tão somente ao *habeas corpus*, destinado a coibir constrangimento ilegal ou abuso de poder, cuja previsão era formulada em termos genéricos.”²⁸¹ A ausência da expressão “liberdade de locomoção” desencadeou um amplo debate na doutrina e na jurisprudência, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Do ponto de vista normativo, esta lacuna somente foi debelada via emenda à Constituição n. 1, em 3 de setembro de 1926, mais conhecida como a Reforma Constitucional de 26. Para Pinto Ferreira:

O regime constitucional e legislativo brasileiro não se furtou a garantir o *habeas corpus*. É bem verdade que a Constituição do Império silenciava a respeito, porém o Código de Processo Criminal de 1832 regulou o dito instituto como remédio repressivo, porém privativo dos brasileiros, em face dos constrangimentos abusivos e ilegais, e posteriormente a Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, deu-lhe caráter também preventivo, universalizando-o até para os estrangeiros. A Constituição nacional de 1891 elevou-o a valor de garantia constitucional, estabelecendo um preceito genérico no seu art. 72, § 22, preceito esse que permitiu a extensão de *habeas corpus* ao amparo dos direitos pessoais, e não só de liberdade física. A reforma constitucional de 1926 restringiu o *habeas corpus*, conforme a índole do instituto, como era de sua natureza original, utilizado tão-só para proteger a liberdade de locomoção (o direito de ir, vir e ficar) e o abuso contra a prisão ilegal. Com esta restrição, ficaram desamparados alguns direitos que em outros países eram protegidos pelo remédio processual civil do *writ of mandamus*.²⁸²

Conforme a nova disciplina do instituto, o *habeas corpus* deveria ser impetrado quando alguém sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua *liberdade de locomoção*. A referência expressa na última parte do dispositivo, apesar de sepultar, em tese, a celeuma, esvaziou a garantia constitucional quanto à tutela contra ameaças ou ofensas a outros direitos ou interesses individuais. É que “inexistia, a partir de então, instrumento ágil e eficaz para afastar ou sanar, de pronto, lesões ou ameaças a outros direitos que não o de deambulação.”²⁸³ Como o mandado de segurança somente foi

²⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 747.

²⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas corpus*: águia dos instrumentos constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, v. 924, out. 2012, p. 32.

²⁸² *Teoria e prática do habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 31.

²⁸³ ESTEFAM, André. A nova teoria brasileira do *habeas corpus*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, v. 921, jul. 2012, p. 463.

criado pela Constituição de 1934²⁸⁴, entre 1891 e 1934 houve um vácuo legislativo²⁸⁵ em matéria de garantia para amparar violações diversas ao direito de locomoção.²⁸⁶

A polêmica que se instalou no início da República residiu na utilização ou não do *habeas corpus* para remediar as hipóteses de vilipêndio aos demais direitos pessoais no período compreendido entre as duas Constituições. Na vanguarda, Rui Barbosa advogou no sentido de que, em virtude da generalidade do preceito que estava inserto no art. 72, § 22, da Constituição de 1891, o instituto deveria ser empregado para a proteção ampla e irrestrita de todos os direitos pessoais. Com efeito, a norma não mencionava a hipótese de prisão ou de constrangimento físico, ensejadoras da restrição ao direito de locomoção.

No outro extremo, uma corrente defendeu que o instituto deveria amparar apenas o *jus manendi, eundi e veniendi* (o direito de ir, vir e ficar, respectivamente). Por outro lado, outra doutrina surgiu dentro da Excelsa Corte do país. Para Pedro Lessa, ministro do Supremo Tribunal Federal, “o *habeas corpus* protegia o direito de ir e vir e aqueles direitos cujo exercício dele dependesse.”²⁸⁷ Sob tal concepção, o STF não estaria extrapolando os limites do conceito clássico do *habeas corpus*, haja vista que o direito de locomoção seria a condição para o exercício do direito-escopo propriamente dito, como, por exemplo, o direito de reunião. Nesta perspectiva, “a proteção estendida que o *habeas corpus* então propiciava, para além da liberdade de locomoção, beneficiava unicamente o exercício *conexo* de outros direitos e

²⁸⁴ Art. 113, 33 (*sic*): “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz (*sic*) a inviolabilidade dos direitos concernentes á (*sic*) liberdade, á (*sic*) subsistência, á (*sic*) segurança individual e á (*sic*) propriedade, nos termos seguintes: [...]. Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto (*sic*) manifestamente inconstitucional ou illegal (*sic*) de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito publico (*sic*) interessada. O mandado não prejudica as acções (*sic*) petitorias (*sic*) competentes.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 696).

²⁸⁵ A bem da verdade, a Constituição Federal de 1934 já consagrava a garantia do mandado de segurança, contudo utilizava a expressão direito certo e incontestável e não direito líquido e certo, como a atual carta constitucional e as Leis 1.533/51 e 12.016/09. [...]. A Lei 191, de 16 de janeiro de 1934 veio regulamentar, de acordo com a realidade constitucional da época, o procedimento do mandado de segurança. Contudo, ainda utilizava a expressão “direito certo e incontestável”, apenas ocorrendo a substituição para “direito líquido e certo” com a Constituição de 1946 e a consequente Lei 1.533/51. (ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 17-18).

²⁸⁶ Inspirado no *juicio de amparo* mexicano, que por sua vez recebeu em sua formação forte influência dos *forais aragoneses*, o mandado de segurança aportou entre nós trazido pelo art. 113, item 33, da Constituição de 1934, passando a ser regulamentado, dois anos após, pela Lei 191/1936. Nesse meio-tempo, desde a época do Código Criminal de 1830, a proteção do “direito certo e incontestável” era assegurado pelo *habeas corpus*, que, por improviso dos juristas pátrios, estendia sua função de garantidor do direito de locomoção à de remédio jurídico contra atos ilegais e abusivos da Administração. (PASSOS, Paulo Roberto da Silva. A liminar no mandado de segurança e *habeas corpus*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 94, v. 832, fev. 2005, p. 427).

²⁸⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 442. v. IV.

liberdades constitucionais e não o exercício inteiramente autônomo dessas prerrogativas.”²⁸⁸ Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, esta interpretação recebeu a denominação de doutrina brasileira do *habeas corpus*.²⁸⁹ Sobre a alteração entre as linhas de pensamento, Fernando da Costa Tourinho Filho leciona:

É claro que todos sabiam que o *habeas corpus* era destinado a tutelar a liberdade de locomoção; mas, como não havia outro remédio para resguardar, com a presteza daquele *writ*, outros direitos, entendeu-se, com o apoio da Suprema Corte, que ele se destinava, também, a assegurar o exercício de um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, desde que fosse líquido e que, para o seu exercício, fosse necessária a liberdade de locomoção. Por isso Pedro Lessa distinguia o *habeas corpus* destinado a fazer cessar ou prevenir prisões daquele em que se procurava resguardar a liberdade individual, *quando esta tivesse por fim próximo o exercício de um determinado direito*. Ruy tinha um entendimento mais amplo. De qualquer sorte, tivemos um *habeas corpus sui generis* na primeira República. [...]. Desde a concessão do *habeas corpus* em favor daqueles que haviam sido presos e desterrados para a Ilha Fernando de Noronha até a reforma constitucional de 1926, o Supremo Tribunal Federal, passo a passo, estendeu o âmbito do *habeas corpus* em tal amplitude, que se tornou, provavelmente, o Tribunal mais liberal do mundo, tendo sido memoráveis as suas decisões concessivas da ordem para a declaração de direitos incontestáveis, certos, líquidos, do cidadão, que, para exercê-los, precisava ter garantida sua liberdade física, direito fundamental, direito-condição para o exercício de inúmeros direitos, de ordem constitucional, administrativa, civil, comercial. Em suma, por meio do *habeas corpus* tutelava-se não apenas o direito de locomoção, como, inclusive, todo e qualquer direito que hoje é amparado pelo mandado de segurança. [...]. Disso resultou a famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*, definida no acórdão de 16-12-1914, pelo qual o STF assegurou a posse de Nilo Peçanha no governo do Estado do Rio de Janeiro. Nesse caso, Astolfo Vieira de Rezende impetrou *habeas corpus* preventivo, que recebeu o n. 3.697, em favor de Nilo Peçanha, reconhecido e proclamado Presidente do Estado do Rio de Janeiro pela Mesa Diretora dos trabalhos da última reunião ordinária, para que pudesse entrar no Palácio da Presidência do Estado e exercer suas funções até o término do mandato, sem constrangimento e ameaças existentes de autoridades e funcionários estaduais e federais. E a Excelsa Corte, por maioria, concedeu a ordem.²⁹⁰

No contexto da época, a tese extensiva do *habeas corpus* era mais consentânea com a necessidade de (re)afirmação da propalada liberdade da Primeira República. Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em determinadas ocasiões, concedeu *habeas corpus* para a reintegração de servidores públicos, para o exercício do direito de visita para os presos políticos e para a publicação de artigos pronunciados da tribuna do Congresso Nacional durante o estado de sítio. Estas liberalidades não descaracterizam, contudo, a feição redutora que a Suprema

²⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

²⁸⁹ Houve, assim, sem dúvida, a criação de uma doutrina própria e autêntica do *habeas corpus* – a doutrina brasileira –, denominação justa em face de sua originalidade, que, apesar de ter partido do molde apresentado pelo antigo instrumento jurídico inglês, adquiriu contornos pátrios bem particulares. Alguns chegaram a dizer que o instituto brasileiro era o mais amplo do mundo. Outros o comparam com o direito de *amparo* previsto na Constituição do México de 1917. De qualquer forma, esse episódio foi um dos capítulos mais importantes de nossa história jurídica, principalmente por ter dado azo ao desenvolvimento e a posterior criação de outros institutos. (SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 77, jan./mar. 2008, p. 80).

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 649-650.

Corte imprimiu ao instituto, o que traduziu nitidamente a relação intrínseca entre o direito e a política. A propósito, a reflexão de Andrei Koerner:

Assim, as restrições ao *habeas corpus* proporcionavam maior segurança nas decisões judiciais, não permitindo que situações juridicamente incertas, ou abertamente ilegais, viessem a ser protegidas judicialmente. Isso era provável nas condições da política oligárquica (onde as eleições eram chamadas “brigas entre papéis falsos (*sic*)”) da Primeira República. Era também provável em outros domínios, como no processo criminal, no qual, em virtude das debilidades institucionais do sistema de justiça criminal, eram comuns irregularidades formais nos processos. Porém, essas restrições limitavam a eficácia das garantias judiciais aos direitos individuais declarados na Constituição e sua efetividade para todos os indivíduos no País. Essas restrições criavam um *modus operandi* da garantia constitucional do *habeas corpus* que neutralizava seus efeitos difusos e o acomodava às práticas paralegais de controle social. [...]. Para o pensamento jurídico, essas soluções significam a construção, dentro do paradigma positivista, de doutrinas jurídicas politicamente conservadoras que articulavam a Constituição de 1891 às suas condições políticas e sociais.²⁹¹

Instrumento eficaz de defesa das franquias da democracia, o *habeas corpus* é apontado por uma vertente mais conservadora da jurisprudência como um dos responsáveis pela lentidão dos processos criminais. O instituto atabalhoaria o trâmite regular dos recursos. Com este afã foi editada a súmula 691 do STF, segundo a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”²⁹² Em contraponto à índole nefasta do instituto, o parecer de Pontes de Miranda:

Remédio de procedência inglesa (pois que não o bebemos nos Estados Unidos da América, mas, diretamente, na Inglaterra) – o *habeas corpus* exerceu no Brasil, após mais de século de adoção, principalmente, até 1930 e entre 1934 e 1937, extraordinária função coordenadora e legalizante. Se as nossas estatísticas fossem perfeitas, se tivéssemos notícias e dados exatos de nossa vida social e moral, estaríamos aptos a avaliar o grande bem que à evolução do país tem produzido o *habeas corpus*. Nos territórios pobres, em que a existência é penosa e o trabalhar árduo, com princípios de religião formalista e autoritária e o inevitável resíduo do fato econômico-jurídico da escravidão – nós ainda vivemos, no interior, como se coexistissem na mesma forma social o *presente* da civilização universal e o *passado* da nossa realidade histórica. Há pequena minoria que explora, com o auxílio do analfabetismo, da força policial e política etc., a grande maioria dos indivíduos nascidos no Brasil.²⁹³

Ressalte-se, por oportuno, que a maioria expressiva das situações objeto da garantia deveriam ter o seu deslinde pela procedência. São inúmeros os casos de arbitrariedades cometidas pela polícia e, ato contínuo, as denúncias reproduzem os vícios de investigações com conclusões imaturas, precipitadas. Em evento promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências

²⁹¹ Decisão judicial, instituições e estrutura socioeconômica: por uma análise política do pensamento jurídico brasileiro. In: _____. (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 266-267. (Monografias; 40).

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 691, de 24 de setembro de 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 2003, p. 5.

²⁹³ *Ibidem*, p. 223-224.

Criminais - IBCCRIM, pela Associação dos Juízes Federais – AJUFE e pela Escola da Magistratura Federal da 3ª Região, nos dias 31 de maio a 2 de junho de 2010, para debater o Substitutivo do Projeto de Novo Código de Processo Penal apresentado pelo Senador Renato Casagrande (PLS 156/2009), Roberto Delmanto Júnior explanou:

Causou-me profunda estranheza a tônica recorrente dos discursos apresentados, no sentido de se considerar o *habeas corpus* “o grande vilão da celeridade processual”, a ponto de impedir o rápido julgamento de apelações, recursos especiais e extraordinários. Não sabia, confesso, que o *habeas corpus* pudesse estar incomodando tanto as Cortes superiores, justamente por não possuir filtros de admissibilidade como os recursos especial e extraordinário, sendo *necessariamente* apreciado pelos Tribunais. Foi com pesar que, mais uma vez, vi o discurso de que a “culpa” do caos processual brasileiro é dos advogados que impetram *habeas corpus* demais, devendo ele ser restringido! [...]. O Projeto prevê, assim, em seu art. 647, I, que o *habeas corpus* seja aplicável somente a casos em que o paciente esteja efetivamente preso ou prestes a ser encarcerado, e não mais, como hoje, também para se buscar trancar uma ação penal por falta de justa causa, mesmo estando o acusado em liberdade, ou para pleitear a sua anulação diante de uma nulidade ou de uma violação à Constituição. [...]. Ao mesmo tempo, na proposta de parágrafo único deste artigo, estipula-se não caber *habeas corpus* se houver a possibilidade de interposição de recurso com efeito suspensivo, o que também não ocorre hoje. Em contrapartida, é previsto, para preencher a lacuna criada, o recurso de agravo (arts. 469 a 477), em regra retido e com efeito devolutivo, podendo se processar por instrumento e excepcionalmente ter efeito suspensivo (art. 471), dependendo do caso e a critério do próprio juiz ou do tribunal agravados (o que nos permite concluir que o efeito suspensivo será algo raro de ocorrer). Instrumento esse formado pelo próprio cartório, mesmo porque a maioria da população brasileira que é ré em processo criminal é pobre e não teria condições de custear a formação de todo um instrumento, para que a questão fosse submetida ao Tribunal.²⁹⁴

É assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que eventuais vícios no inquérito policial não contaminam a ação penal, sob o argumento de que tem instrução probatória própria. Frágil por si só, a suposta legitimidade do raciocínio reclamaria, tão-somente, a repetição do vício em sede processual, o que não é raro de ocorrer. Nas varas de tóxicos, por exemplo, é praxe as testemunhas do fato serem apenas policiais militares que realizaram uma abordagem mediante uma “denúncia anônima”.

No caso específico, dois problemas são comumente detectados. Mesmo em se tratando de pouca quantidade de droga, passível de configuração de uso de drogas, conforme o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), em regra, a versão dos agentes de segurança aponta para o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, consoante o art. 33. Por outro lado, porventura os envolvidos com o comércio ilegal deixem de colaborar financeiramente com o aparelho policial, por intermédio de gratificações irregulares, eles serão presos e processados. Assim, perante qualquer divergência entre policiais corruptos e integrantes do tráfico, geralmente os

²⁹⁴ Recrudescimento a caminho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 84, maio/jun. 2010, p. 218-219.

de menor grau dentro da organização, estes permanecem completamente vulneráveis diante daqueles.

Nas audiências de instrução criminal, os réus, na quase totalidade pobres, não gozam do benefício da dúvida, de forma que as declarações dos policiais, em regra, são coligidas sob o manto da verdade. Acrescente-se, a este arcabouço de inconstitucionalidades, a escassez ou precariedade do direito de defesa, seja pela ausência de defensores públicos ou pela falta de compromisso de advogados particulares indicados por magistrados ou disponibilizados por gestores do Poder Executivo dos municípios do interior e, em menor extensão, da região metropolitana dos grandes centros urbanos.

4.3 O Estado Novo (1937-1945) e o Código de Processo Penal de 1941

Se a República foi inicialmente contemplada com o Código Penal de 1890, o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, com suas reformas, somente foi ab-rogado com o advento do Código de Processo Penal, de 1941.²⁹⁵ Além disso, alteradas as circunstâncias políticas, por intermédio do período conhecido como Estado Novo, o percurso natural foi a elaboração de um novo Código Penal, evento que se consumou em 1940.

Desta forma, entre os dois Códigos de Processo, concebidos em um intervalo de 109 anos, o Brasil passou pela experiência da promulgação de dois Códigos Penais. A brevidade com que as autoridades públicas envidaram esforços no sentido da publicação dos catálogos de penas não foi aleatória, circunstância do acaso. Pelo contrário, o poder punitivo é a expressão mais fugaz de fatos políticos que emergem em contextos próprios de exceção.

A Constituição de 1937, segunda Constituição outorgada no Brasil, preconizou a formação de um Estado forte, centralizador. Houve, como é próprio do autoritarismo, o superdimensionamento dos poderes do Presidente da República, o qual, conforme o art. 96, § único²⁹⁶, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma lei por intermédio do Poder

²⁹⁵ A Constituição republicana de 1891 adotou o chamado pluralismo processual e deferiu aos Estados da federação a competência legislativa para editar os seus próprios códigos de processo penal. Alguns Estados efetivamente promulgaram seus códigos, mas, na maioria deles, continuou a vigorar o Código do Império e as sucessivas mudanças. Apenas com a Constituição de 1934 é que o país adota novamente a unidade processual que viria propiciar a edição do Código de Processo Penal de 1941. (MACHADO, Antônio Alberto. *Ibidem*, p. 34).

²⁹⁶ Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da

Judiciário, o chefe de Estado poderia provocar a sua reapreciação pelo Poder Legislativo, a fim de que permaneça vigente ou seja extirpada do ordenamento jurídico.

Para tanto, bastava apresentar como fundamento do reexame o bem-estar do povo ou a defesa de vultoso interesse nacional. Formalmente, a norma concedeu mais proeminência ao Poder Legislativo, representante direto do povo. Todavia, em uma estrutura de poder cujo soberano é o chefe da Nação, não há vácuo para a tripartição de funções. A personalidade do cargo político era tão expressiva que a Constituição substituiu, literalmente, a nomenclatura Poder Executivo por Presidente da República.²⁹⁷

Ressalte-se, contudo, que, com exceção dos dispositivos convenientes ao regime, ela não teve eficácia. Nem mesmo o plebiscito que iria autorizar o referendo popular foi posto em discussão. Conforme ponderam Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “A Constituição de 37 desmentiu-se ao afastar-se do estado democrático com o cancelamento das eleições, e extinção dos partidos, o fechamento do Congresso e outras medidas marcadamente autoritárias.”²⁹⁸

Enquanto o Poder Legislativo foi proscrito, o Judiciário foi, em regra, marginalizado; excepcionalmente, contudo, domesticado, quando os interesses eram convergentes e havia a intenção de conferir um fragmento de legitimidade às decisões do palácio.²⁹⁹ Para Inocêncio Mártires Coelho, o chefe do Governo, que se investira de poderes constituintes ao impor a Carta de 37, “monopolizou também o poder de legislar e a prerrogativa de acionar, em defesa dos seus próprios atos, o mecanismo de autocontrole de constitucionalidade que, astuciosamente, engendraram os mentores daquela façanha autoritária.”³⁰⁰ A respeito da formação do estado de exceção, simbolizado principalmente pela lei 38, de 4 de abril de 1935 (Lei de Segurança Nacional), Veyzon Campos Muniz observa:

O tenentismo foi um movimento político promovido durante a década anterior por jovens oficiais (dentre eles Luiz Carlos Prestes) que desencadeou um ciclo de revoltas militares, tendo como um de seus momentos mais significativos a marcha da Coluna Costa-Prestes, de 1925 a 1927. Ideologicamente sem norte, reivindicava demandas

República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 592).

²⁹⁷ As seções da Constituição de 1937 foram dispostas conforme a seguinte sequência: Do Poder Legislativo (art. 38 até o art. 49); Do *Presidente da República* (art. 73 até o art. 89) e Do Poder Judiciário (art. 90 até o art. 113).

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 342.

²⁹⁹ No HC 26.155/1936, impetrado por Olga Benário Prestes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, não conheceu do pedido. Olga foi deportada para a Alemanha no mesmo ano e assassinada pelo regime nazista. O relator, Min. Antônio Bento de Faria, requisitou informações ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Vicente Rao, o qual afirmou que a impetrante é uma estrangeira considerada perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país. Para a análise dos detalhes do julgamento: MUNIZ, Veyzon Campos. O caso Olga Benário Prestes: um estudo crítico sobre o *habeas corpus* nº 26.155/1936. *Direito & Justiça*: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 36-60, jan./jun. 2011.

³⁰⁰ Prefácio. In: CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XIII. (Coleção História Constitucional Brasileira).

sociais de muitas ordens: maior centralização dos interesses estaduais, uniformização legislativa e tributária, efetivação de direitos e garantias fundamentais. Porém, de fato, atribuiu-se ao tenentismo a responsabilidade pelo fim da República Velha, com a Revolução de 1930 que depõe Washington Luís e alça Getúlio Vargas ao poder. Entretanto, nos anos seguintes, observa-se a secção do movimento: parte dos tenentes acaba compondo o governo instituído, enquanto outra segue com metas reivindicadoras e *a posteriori* revolucionárias, que desembocam na Intentona de 1935. A origem militar comum ao invés de aproximar correntes políticas, do contrário, as repeliu. Vargas, que chegou ao poder no país por um movimento tenentista que primava pela liberdade, em pouco mais de cinco anos decreta a Lei de Segurança Nacional, promove violenta repressão e prisões em massa, impõe um estado de guerra, cria um tribunal de exceção e, por fim, dá um golpe de estado.³⁰¹

Com efeito, “seria engano pensar que o Estado Novo representou um corte radical com o passado.”³⁰² A República foi inaugurada sob os escombros da monarquia, sem participação popular. Nesta conjuntura, duas forças, egressas do Império, se notabilizaram na tarefa de condução do poder: liberais e positivistas. Estes, apoiados em grande medida pelos militares, reclamaram a adoção de uma ditadura. “Contudo, os liberais conseguem obter a convocação da Assembléia (*sic*) Constituinte e a aprovação de uma carta democrática, tendo sido derrotadas as tentativas dos positivistas de promulgar uma Constituição ditatorial.”³⁰³ Ocorre, entretanto, que a República Velha foi caracterizada por inúmeros episódios de conturbações políticas e instabilidades econômicas, as quais puseram em ebulição todas as esferas da sociedade: “no artístico e cultural, a Semana de Arte Moderna de 1922; na política, o tenentismo, a Fundação do Partido Comunista e o surgimento do integralismo, nossa versão do fascismo.”³⁰⁴ Na prática, a diferença entre liberais e positivistas era tênue. Em virtude dos problemas do início do século XX³⁰⁵, “os liberais chegam ao fim da República Velha virtualmente destroçados.”³⁰⁶ Como não há lacunas na titularidade do exercício do poder, “o fascismo foi uma reação à crise do modelo liberal.”³⁰⁷ Neste sentido, Francisco Iglésias assinala:

Criou um regime que não é original, pois em consonância com a voga direitista. Nutriu-se em modelos europeus, reais e teóricos, com a doutrinação portuguesa, espanhola e italiana da direita, como dos governos de Mussolini, do corporativismo português de Salazar, que assume o cargo de ministro em 1926 e institucionaliza o

³⁰¹ *Ibidem*, p. 40-41.

³⁰² FAUSTO, Boris. *História...*, opus citatum, p. 312.

³⁰³ BARRETTO, Vicente; PAIM, Antonio. *Evolução do pensamento político brasileiro*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1989, p. 227. (Coleção reconquista do Brasil. 2. série; v. 150).

³⁰⁴ CRUZ, Gisele dos Reis; JESUS FILHO, Jerônimo Marques de. Fascismos, modernidade e “pós-modernidade”. A tentação conservadora. In: CRUZ, Natalia dos Reis. (Org.). *Ideias e práticas fascistas no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 29.

³⁰⁵ Destruída a confiança no aparelhamento presidencial, rompida a política dos governadores, era necessário colocar, na área vazia, um corpo de domínio estruturado por todas as classes, comandadas autoritariamente. Perturbado o mundo coronelista com o crescimento da massa urbana, os dirigentes, ciosos do mando, utilizam processos mais duros para domesticar o rebanho tresmalhado. (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, p. 305. v. II).

³⁰⁶ BARRETTO, Vicente; PAIM, Antonio. *Evolução...*, opus citatum, p. 249.

³⁰⁷ CRUZ, Gisele dos Reis; JESUS FILHO, Jerônimo Marques de. Opus citatum.

que chama de Estado Novo em 1933, do exemplo polonês de Pilsudski, a contar de 1926. Não lhe faltaram antecedentes imediatos, sem falar nos remotos, reacionários ou tradicionalistas do século XIX e mesmo de antes. Mais que nesses exemplos universais, nutriu-se da herança gaúcha. Vargas é o realizador, no plano nacional, da política desenvolvida em seu estado do Rio Grande do Sul sob a República. Já se lembrou que o positivismo foi uma das matrizes da República brasileira, sobretudo em sua pregação na Escola Militar. Um dos professores foi Benjamin Constant Botelho de Magalhães, de notória influência sobre seus alunos, que constituiriam a oficialidade rebelde à Monarquia e aberta ao novo regime. Quando se pensa em dar forma a este, eles não querem o modelo liberal americano nem o modelo francês de 1789, preferindo a autoridade forte traçada por Augusto Comte, a ditadura republicana ou a república sociocrática. Na primeira Constituinte, os gaúchos a defendem, sobretudo pela voz de Júlio de Castilhos. Não conseguem imprimir essa nota na Constituição de 1891, derrotados pelo modelo americano. Conseguem, entretanto, impor o modelo na Constituição do Rio Grande do Sul, distante das linhas da federal, negando-a mesmo. O estado tem existência à parte no quadro brasileiro: lá o presidente do Executivo é tudo, pois o Legislativo tem função quase só orçamentária, sem mais iniciativas. Castilhos morreu logo, mas deixou um herdeiro em Borges de Medeiros, eleito cinco vezes. As lutas sociais, sempre intensas - já o eram no Império, com forças bem equipadas, por ser zona de fronteira e sede da maior concentração militar -, criaram um tipo especial na vida do país, quase folclórico - o gaúcho -, com muito de comum com os vizinhos platinos, tendendo a um poder autoritário simbolizado no caudilho.³⁰⁸

Destaque-se que “o principal pilar da ideologia fascista é o Estado Nacional.”³⁰⁹ No cenário jurídico, um dos principais artífices foi Francisco Campos, antiliberal, ministro da Justiça de Vargas. Politicamente muito influente, ele teve participação decisiva na redação da Constituição de 1937, do Código Penal (1940), do Código de Processo Penal (1941) e do Ato Institucional 1, de 1964. Os diplomas normativos, todos de índole autoritária, adotaram como critério fundamental o recrudescimento da repressão, assim como a mitigação dos direitos e garantias individuais. Com fundamento no princípio da defesa social, Campos defende que “é necessário defender a comunhão social contra todos aqueles que se mostram perigosos à sua segurança.”³¹⁰ As reformas legislativas tinham entre os seus objetivos a contenção das agitações

³⁰⁸ Ibidem, p. 246-247. Em relação aos positivistas, esclarece Ivan Monteiro de Barros Lins: “[...] entre muitos outros que, embora não aderindo ao conjunto do Positivismo como sistema filosófico e religioso, adotavam, entretanto, as linhas mestras de suas diretrizes políticas, filiados que eram, quase todos, ao partido situacionista. Essa pequena elite, formada em sua maioria num centro intelectual da importância de São Paulo, pôs-se em ação a partir de 1880 e, ao lutar pela abolição e pela República, desvendou aos olhos do grande público do Rio Grande o ideal político positivista. [...]. Além de extremamente combativos, os fins dos castilhistas coincidiam com as aspirações do povo gaúcho que, dessa forma, passou a participar de certos postulados do Positivismo atinentes à República e à Abolição. [...]. E, de fato, o princípio de autoridade que encarnaram, eles o beberam em fonte escrita e estrangeira, em Comte, Laffitte e Littré, quando se achavam em São Paulo, onde fizeram sua formação intelectual. Ao voltarem aos pagos, já pregavam o evangelho do *Mestre dos Mestres*, como, a Augusto Comte, chama Júlio de Castilhos.” (*História do positivismo no Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009, p. 228-229). (Edições do Senado Federal; v. 48).

³⁰⁹ CRUZ, Gisele dos Reis; JESUS FILHO, Jerônimo Marques de. Ibidem, p. 30.

³¹⁰ *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 125. (Coleção biblioteca básica brasileira).

sociais³¹¹, interpretadas pela autoridades públicas como “ondas de inquietação e de desordem.”³¹² Sobre este período de convulsões e a ofensiva do poder, enaltece Brodwyn Fischer:

Mas todas essas injunções legais compartilhavam uma ambigüidade (*sic*) que podia ser tudo, exceto neutra, em termos de classe. Todas foram moldadas para ser aplicadas a uma população como por encanto liberta dos piores aspectos da pobreza abjeta e que queria e podia seguir cegamente os ditames sociais e morais dos governos em vigor. Aqueles habitantes do Rio que não podiam atender às exigências mínimas – em termos de alfabetização, posse de documentos, estado civil, situação econômica e conhecimento e agilidade legais – simplesmente eram excluídos da lei, deixados para solucionar seus problemas exclusivamente na base da caridade e do patronato, sem recurso à linguagem dos direitos. A ilegalidade não era reino exclusivo dos miseráveis, e a caridade e o patronato estimularam a prática de distribuição de direitos, assim como ocorria em quase qualquer outra interação entre classes na sociedade brasileira. Nesse sentido, os direitos eram simplesmente um entre muitos outros instrumentos de que os brasileiros pobres podiam servir-se para prosseguir. Para muitos dos miseráveis, porém, a opção de reclamar direitos nem sequer existia: a vida no reino da ambigüidade (*sic*) legal era imposta, e a conseqüente vulnerabilidade e inferioridade civil permanecem o mais evidente estigma da pobreza no Rio de Janeiro moderno.³¹³

O parâmetro do Código de Processo Penal de 1941 foi o Código de Processo da Itália, unguido por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Benito Mussolini. A diretriz traçada tanto para o Código Penal quanto para o de Processo Penal conferiu maior autoridade e poder para o Estado. O Código de 41, apesar da previsão do processo de tipo acusatório, estabeleceu vários dispositivos de caráter inquisitivo, como “a prisão preventiva compulsória para alguns delitos, a vagueza das expressões que permitem as prisões provisórias (flagrante e preventiva), o procedimento *ex officio* para as contravenções, o processo à revelia etc.”³¹⁴ A propósito, observou Marcos Zilli:

A nova legislação processual surgiu, pois, em meio a este contexto, marcado por uma crescente centralização política e pelo triunfo dos ideais autoritários. [...]. Com efeito,

³¹¹ Depois de um breve período de esperança, entre 1945-1947, as conclusões pessimistas da esquerda radical foram amplamente confirmadas pelo governo duramente repressor de Dutra, até 1950. O ataque de Dutra ao que ele considerava serem as forças da desordem, da anarquia e do comunismo aconteceu apenas uma década depois de um recrudescimento semelhante, ocorrido durante os anos crescentemente sombrios entre 1935 e 1941. Ambos os episódios de repressão no século XX exibiram paralelos claros com a resposta da classe alta à turbulência e à “desordem” política que haviam caracterizado a primeira década que se seguiu à independência do Brasil. Os líderes da reação conservadora dos anos 1830 criticaram severamente o entusiasmo desestabilizador do que chamaram de “doutrinas vagas e retóricas de uma liberdade exagerada”. Assim, como ocorreria com a reação antipopulista do Brasil do século XX, e da mesma forma que Vargas e muitos de seus oponentes da elite, “os homens do Regresso não confiavam nas eleições nem nas estruturas democráticas.” (FRENCH, John D. Proclamando leis, metendo o pau e lutando por direitos: a questão social como caso de polícia, 1920-1964. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil: ensaios de história social*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2006, p. 406).

³¹² MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil, 1930-1945*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 25-26.

³¹³ Direitos por lei ou leis por direito? Pobreza e ambigüidade legal no Estado Novo. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil: ensaios de história social*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2006, p. 448.

³¹⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Ibidem*, p. 34.

no que se referem ao flagrante delito as suas hipóteses foram alargadas com a inserção da figura do denominado flagrante presumido. Dessa forma, o encontro de instrumentos, armas, objetos ou papéis em poder da pessoa, logo depois da infração e em circunstâncias autorizadoras de uma presunção de autoria, foi colocado ao lado das figuras do flagrante próprio e do quase-flagrante, autorizando, por consequência, a imediata custódia, independentemente de ordem judicial. [...]. Já no âmbito da prisão preventiva, duas foram as hipóteses originariamente previstas. [...]. Bastava, dessa forma, a prova da existência material do crime – demonstração inequívoca da prática criminosa mediante exame de corpo de delito direto ou indireto – e de indícios de autoria – presunção veemente – para que a custódia processual tivesse cabimento. [...]. Mas não é só. A compulsoriedade da prisão processual fica evidente quando se examina o rigor dado ao tema da liberdade provisória. [...]. Trata-se, aliás, de situação compreensível em um sistema que toma a prisão processual como uma condição natural da própria persecução ficando a liberdade relegada ao terreno da exceção.³¹⁵

O mero formalismo daquela espécie processual é confirmado pelas inúmeras disposições referentes ao cerceamento do direito à defesa, a exemplo da obrigatoriedade de interposição de recurso de ofício na hipótese de concessão de ordem de *habeas corpus* em sede de sentença (art. 574, I), da necessidade de recolhimento à prisão do réu como condição para a interposição do recurso de apelação (art. 594) e da prisão como efeito automático da decisão de pronúncia (art. 408, § 1º).³¹⁶ Note-se que estas regras não mereciam ultrapassar o crivo da recepção, uma vez que se encontravam em circunstâncias completamente opostas aos postulados da Constituição Federal. Além disso, a terminologia empregada “processo acusatório” também é censurável, pois, na dialética do estado democrático de direito, o princípio básico é a defesa, a matriz da contradição, e não a afirmação, fonte da acusação e, ato contínuo, condenação. Em tom bastante crítico, ensina Maurício Zanoide de Moraes:

Por ignorância ou má-fé, insiste-se em difundir a idéia (*sic*) de que sistemas garantistas são ineficientes, pois dificultam o rápido julgamento do culpado. Afirma-se, velada ou expressamente, que a execução das normas decorrentes dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da inadmissão da prova ilícita (inclua-se aqui, p. ex., a confissão mediante tortura, a busca e apreensão sem ordem judicial, a quebra do sigilo de dados sem ordem judicial etc.), da liberdade no curso do processo como regra, entre outras, torna o processo demorado, custoso e improfícuo. *Descartadas as pessoas que professam esse entendimento para fazer*

³¹⁵ Ibidem, p. 459-463.

³¹⁶ A necessidade de recurso de ofício na hipótese de concessão de *habeas corpus* ainda se encontra em vigor. A prisão decorrente de pronúncia e a fundada em sentença condenatória recorrível foram revogadas pela reforma processual penal de 2008, cujo empreendimento ocorreu por meio das Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Outra crítica bastante razoável que se fez ao Código de Processo residiu na possibilidade de decretação da incomunicabilidade do preso, não superior a 3 dias, conforme a redação do art. 21, parágrafo único, ainda formalmente previsto. A Constituição Federal de 1988, entretanto, vedou a incomunicabilidade, não recepcionando, neste particular, o Código de Processo Penal. Observe-se que o cerceamento do direito à defesa perdurou por 47 anos, ou seja, quase meio século de vilipêndios aos princípios mais mezinhos inerentes ao ser humano. A Constituição de 88 prescreveu as seguintes normas: art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado e art. 136, § 3º Na vigência do estado de defesa: [...]. IV - é vedada a incomunicabilidade do preso. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 19 e 72, respectivamente).

*valer uma vaidade acadêmica ou um fetichismo punitivo, as demais e de boa-fé esquecem que a estrutura do atual Código de Processo Penal, inegavelmente inquisitivo, está em completa dissonância com a estrutura acusatória determinada pela Constituição e única passível de incorporar aquela base principiológica constitucional e internacional - grifo nosso.*³¹⁷

As demandas sociais da República Velha e do Estado Novo, principalmente as decorrentes da consolidação do trabalho assalariado³¹⁸, das lutas partidárias e da liberdade de expressão, foram enfocadas como casos de polícia. Esse foi mais um motivo para a codificação da legislação processual, cuja disciplina era difusa entre as unidades da federação. A visão da cúpula do poder baseava-se no argumento de que as leis asseguravam aos acusados em geral, “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 indireto estímulo à criminalidade.”³¹⁹

É correto afirmar que o Código de Processo Penal de 1941 sofreu parcialmente os influxos democráticos da Constituição Federal de 1988, “de modo que a índole autoritária do Código vigente se encontra hoje bastante mitigada.”³²⁰ O fato de as reformas processuais ocorrerem em bloco, por fragmentos, contribui para a permanência do seu viés fascista. O processo penal brasileiro, pelo menos do ponto de vista formal, foi beneficiado com a cooperação fundamental do direito internacional dos direitos humanos, o qual, a partir de uma perspectiva garantista, ameniza a sorte dos protagonistas da criminalização da pobreza.

Ressalve-se que, nesta conjuntura, persistem dois problemas, graves e conexos. Em primeiro lugar, a constante análise sobre a recepção dos dispositivos interdita a aplicação direta dos princípios constitucionais, principalmente em face de que a maioria dos juristas procura

³¹⁷ Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, p. 426.

³¹⁸ O decisivo é que as leis trabalhistas fazem parte de um conjunto de medidas destinadas a instaurar um novo modo de acumulação. Para tanto, a população em geral, e especificamente a população que afluía às cidades, necessitava ser transformada em “exército de reserva”. Essa conversão de enormes contingentes populacionais em “exército de reserva”, adequado à reprodução do capital, era pertinente e necessária do ponto de vista do modo de acumulação que se iniciava ou que se buscava reforçar, por duas razões principais: de um lado, propiciava o horizonte médio para o cálculo econômico empresarial, liberto do pesadelo de um mercado de concorrência perfeita, no qual ele devesse competir pelo uso dos fatores; de outro lado, a legislação trabalhista *igualava reduzindo* – antes que incrementando – o preço da força de trabalho. Essa operação de *igualar pela base* reconvertia inclusive trabalhadores especializados à situação de não-qualificados, e impedia – ao contrário do que pensam muitos – a formação precoce de um mercado dual de força de trabalho. Em outras palavras, se o salário fosse determinado por qualquer espécie de “mercado livre”, na acepção da teoria da concorrência perfeita, é provável que ele subisse para algumas categorias operárias especializadas; a regulamentação das leis do trabalho operou a reconversão a um *denominador comum* de todas as categorias, com o que, antes de prejudicar a acumulação, beneficiou-a. (OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo, SP: Boitempo, 2013, p. 38-39).

³¹⁹ CAMPOS, Francisco. *Ibidem*, p. 121.

³²⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Ibidem*, p. 35.

verificar compatibilidades entre normas posicionadas muitas vezes em integral situação de antagonismo. Sob a mesma concepção, não foi aleatória a resistência em formular um novo sistema processual ao invés de emendar, paulatinamente, um código elaborado no seio de uma ditadura. O pensamento jurídico burguês recomenda que os grilhões não podem ceder ao brado da multidão de forma abrupta, “inconsequente”, alheia aos pormenores dos interesses da classe que conduz o poder.

5 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

5.1 A Constituição Federal de 1988 e a prisão

A liberalização³²¹ brasileira em 1985, após duas décadas de estado de exceção, trouxe consigo a perspectiva de estabelecimento de novos direitos e o resgate do direito à liberdade em todos os sentidos, principalmente a de expressão. A abertura política, iniciada em 1974 pelo general Ernesto Beckmann Geisel, culminou com a promulgação da Constituição Federal em 1988. O longo período foi uma das estratégias para uma transição lenta, gradual e segura³²², cujos passos foram, quase sempre, planejados e guiados pelo governo.

Neste particular, o êxito do sistema em determinar o ritmo e a amplitude pode ser atribuído ao fato de que “o setor popular brasileiro, por várias razões históricas, é fraco em termos organizacionais e pouco ativado politicamente. Esses fatores foram fundamentais para o alto grau de controle que o regime brasileiro foi capaz de exercer sobre a transição.”³²³ A propósito, perspicaz a leitura de Luciano Martins entre a distensão política e o modo de produção econômica:

O regime autoritário brasileiro foi certamente instrumental para a realização de um determinado tipo de expansão capitalista e, o que a meu ver se reveste de maior importância, para estabelecer ou reforçar a hegemonia social do capitalismo no Brasil. Nesse sentido, se a ‘revolução’ de 1964 pode ser considerada como tendo realizado uma tarefa histórica, seu êxito deve passar pela liquidação de uma estrutura anterior de dominação e de sua expressão política (populista). Isso porque o populismo se havia revelado incapaz de gerar uma ordem social competitiva e generalizar o ‘ethos’ capitalista, seja de expandir o sistema produtivo estatal-oligopolista-

³²¹ Na literatura, contudo, é comum a utilização da expressão redemocratização para a definição deste momento histórico.

³²² Um dos períodos mais tensos do regime militar consistiu na publicação do Ato Institucional 5, em 13 de dezembro de 1968. Em relação ao tema, lecionam Adriana Lopez e Carlos Guilherme Mota: “Foi o golpe dentro do golpe, com a vitória da direita e dos setores mais radicais das Forças Armadas contra a linha da chamada ‘Sorbonne’ (a dos militares ‘ilustrados’ [...] como Golbery, Bizarria Mamede, Silva Muricy e os próprios Castello Branco e Ernesto Geisel). Em agosto de 1969, entretanto, o marechal Costa e Silva sofreu uma trombose cerebral. Imediatamente, setores militares criam uma espécie de ‘regência trina’, formada pelos ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. Em verdade, um triunvirato da ‘linha dura’. Em outubro de 1969, a cúpula militar escolheu o novo presidente do Brasil: Emílio Garrastazu Médici, da ‘linha dura’ e também gaúcho, que se torna, no dia 30 desse mesmo mês, o terceiro presidente militar. Foram os anos mais negros do regime obscurantista instaurado em 1964. Ao fim de seu mandato, em 1974, após negociações complexas em que se digladiavam as tendências acima apontadas, o general Ernesto Geisel, outro gaúcho, foi escolhido como o quarto militar para a Presidência, com o apoio decisivo de seu irmão Orlando, ministro do Exército. Geisel representava o grupo ilustrado da ‘Sorbonne militar’ e tinha como proposta, explicitada em seu discurso de posse, a abertura ‘lenta, gradual e segura’ do regime. Até porque a luta armada, os movimentos de guerrilha e as facções de esquerda já estavam liquidadas ou desarticuladas, e a pressão internacional e nacional em defesa dos direitos humanos aumentava a cada dia.” (Ibidem, p. 802).

³²³ O’DONNELL, Guillermo. Introdução aos casos latino-americanos. In: _____; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. (Orgs.). *Transições do regime autoritário: América Latina*. Tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazarte. São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 20. (Biblioteca Vértice. Sociologia e política; v. 20).

internacionalizado cujos fundamentos foram lançados na década de 50. A questão central é a seguinte: essa fase de expansão e afirmação capitalistas tende a ativar a resistência e o descontentamento sociais, mas estes não são necessariamente determinados pelo processo de acumulação do capital. Também nessa fase, a implantação da hegemonia social do capitalismo (que não depende da prevalência de uma classe social particular, tal como uma ‘burguesia nacional’) precede a legitimação política na escala de prioridades do conjunto das classes dominantes locais e dos seus parceiros estrangeiros.³²⁴

A Constituição de 88 prescreveu como um dos fundamentos da República o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e albergou um catálogo sortido de direitos e garantias fundamentais, entre os quais o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. Um fenômeno aparentemente paradoxal, entretanto, acompanhou o processo de consolidação do novo regime constitucional: a proliferação de leis penais incriminadoras.³²⁵ Se, por um lado, foram recepcionados o Código Penal, com a reforma de 1984, e o de Processo Penal, ambos fecundados no ápice do Estado Novo, por outro, houve a pulverização de microssistemas punitivos.³²⁶

Não se pode olvidar que a própria Constituição elenca as hipóteses que funcionam como “*mandados constitucionais de tutela penal* (criminalização). [...] Trata-se, pois, de uma zona

³²⁴ A “liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O’DONNEL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. (Orgs.). Transições do regime autoritário: América Latina. Tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazarte. São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 136-137. (Biblioteca Vértice. Sociologia e política; v. 20).

³²⁵ São exemplos de leis penais e processuais esparsas promulgadas após a Constituição de 1988: i) Lei 7.716/89 (Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor); ii) Lei 7.960/89 (Dispõe sobre prisão temporária); iii) Lei 8.069/90, art. 225 ao art. 258-B (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências); iv) Lei 8.072/90 (Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências); v) Lei 8.078/90, art. 61 ao art. 80 (Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências); vi) Lei 8.137/90 (Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências); vii) Lei 9.455/97 (Define os crimes de tortura e dá outras providências); viii) Lei 9.605/98 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências); ix) Lei 10.826/03 (Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências); x) Lei 11.343/06 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências) e xi) Lei 12.850/13 (Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal]; revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências).

³²⁶ No que tange à matéria penal, após as décadas de 1960 e 1970, os sistemas de direito material e processual se fragmentam, momento no qual é possível perceber o início da perda de protagonismo dos Códigos (Penal e Processual Penal) como fontes privilegiadas de interpretação do fenômeno criminal – uma das mais marcantes alterações foi a publicação da Lei n. 6.368/76 (Lei de Drogas), estatuto que inaugura a descodificação do direito penal brasileiro. A situação se torna patológica durante a década de 1990, momento de plena expansão do direito penal com a publicação de inúmeras leis penais especiais. A consolidação do processo de descodificação irá influenciar de forma decisiva as fontes de produção da dogmática penal (doutrina e jurisprudência). Com a proliferação de estatutos penais há o deslocamento dos Códigos para uma função coadjuvante, situação que provoca a despotencialização dos princípios configuradores das teorias da lei, do delito e da pena, situados na parte geral. (CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 299-300).

de obrigatória intervenção do legislador penal.”³²⁷ É o que se extrai, por exemplo, do art. 5º, XLII, no qual se encontra a previsão de que a prática do racismo constitui crime³²⁸. Conseqüências da teoria constitucional dos deveres de proteção, os mandados de tutela penal podem ser explícitos ou implícitos. Naqueles, a Constituição indicou diretamente os bens jurídicos a serem protegidos. Nestes, a menção aos bens merecedores de tutela ocorreu por via oblíqua, seja em virtude da magnitude que eles representam para a ordem constitucional, seja em face da feição transindividual que os caracterizam. Os mandados tácitos de penalização³²⁹ geralmente encontram-se associados aos direitos à vida, à liberdade, à saúde e à probidade administrativa.

Por intermédio do seu arcabouço principiológico, “a Constituição, por meio de uma variedade de cláusulas, restringe as punições que podem ser impostas”³³⁰, vedando, por conseguinte, as penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, cruéis e de morte, salvo, na última hipótese, em caso de guerra declarada. Em regra, tanto nos mandados expressos quanto nos implícitos, o legislador infraconstitucional fixou os próprios parâmetros de criminalização das condutas e, em estilo quase habitual, vilipendiou vários princípios constitucionais. Houve, em sequência, a profusão de normas jurídicas em descompasso com a Carta da República, sob os aspectos material e processual. Em relação ao direito penal:

A primeira ruptura com a coerência interna do sistema de penas delineado na Reforma de 1984 adveio, inegavelmente, com a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Dentre todos os efeitos que a Lei que simboliza o ingresso formal do Brasil na era do punitivismo produziu – seja no âmbito do direito penal material, com o aumento de penas aos crimes elencados como hediondos e a restrição do indulto, da anistia e da graça, seja no processual penal, com a vedação da fiança e o aumento do prazo da prisão temporária -, o mais sensível em termos penológicos foi a determinação do cumprimento em regime integralmente fechado, independentemente da quantidade de pena fixada judicialmente. [...]. É da essência do correlacionalismo o estabelecimento de etapas no processo de execução da pena de forma que o condenado adquira gradualmente sua liberdade conforme o nível de resposta positiva ao tratamento penal imposto. [...] A Lei dos Crimes Hediondos, ao vedar a possibilidade de adequação do condenado ao tratamento penal – ou seja, no cumprimento das etapas estabelecidas e no atingimento dos espaços de liberdade previstos na estrutura originária do Código e da Lei de Execução -, desestabilizou o sistema de individualização científica da pena. Notadamente porque sua fundamentação penológica abdica do pressuposto

³²⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73.

³²⁸ Em 5 de janeiro de 1989 foi promulgada a Lei 7.716, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. São outros exemplos: i) art. 5º, XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos); art. 5º, XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático); art. 225, § 3º (condutas lesivas ao meio ambiente) e art. 227, § 4º (abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes).

³²⁹ A título de ilustração, pode-se citar o combate à corrupção eleitoral, conforme a disciplina do art. 14, § 10 (O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude).

³³⁰ The Constitution, through a variety of clauses, restricts the punishments that can be imposed. (CHEMERINSKY, Erwin. *The Constitution and punishment*. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 56, n. 5, apr. 2004, p. 1.079).

básico do ideal *penal-welfare*, que é acreditar na capacidade de ressocialização do delincente.³³¹

Desde o seu advento, a Lei dos Crimes Hediondos instigou o debate quanto à sua constitucionalidade, haja vista a evidente violação aos princípios da humanidade e da individualização das penas. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência mais sensíveis ao garantismo se insurgiram contra as normas flagrantemente inconstitucionais, principalmente a que tolheu o direito à progressão do regime de cumprimento de pena. Luigi Ferrajoli, com acerto, destaca a relação intrínseca existente entre paradigma constitucional e garantismo, “identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivación del <deber ser> constitucional impone al propio derecho positivo.”³³²

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, somente em 2006, reconheceu, sob dois aspectos, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Em primeiro plano, entendeu-se que a vedação de progressão de regime afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), pois desconsiderou-se as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização. Além disso, ressaltou-se que o dispositivo apresenta incoerência, porquanto, em concomitância com a obstrução da progressividade, deliberou-se pela admissibilidade do livramento condicional após a execução de dois terços da reprimenda (Lei 8.072/90, art. 5º).³³³

Esta singela interpretação, cunhada ao longo de 16 anos, apesar de resgatar, no mínimo, dois princípios constitucionais, deixou sequelas na magistratura. A lentidão em proscrever a norma do sistema jurídico reforçou a descrença na perspectiva ressocializadora, inerente a qualquer ser humano, e robusteceu o controle punitivo por intermédio da vindita. “A conclusão possível, portanto, é a de que a Lei dos Crimes Hediondos foi o primeiro giro do sistema punitivo nacional no sentido da adesão aos fundamentos neoconservadores da punição que caracterizam o cenário internacional da década de 1990.”³³⁴ O crepúsculo do século XX, simbolizado principalmente na queda do muro de Berlim e no consenso de Washington³³⁵, ambos em 1989, realinhou as nações subdesenvolvidas ao (neo)liberalismo econômico e ao

³³¹ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, opus citatum, p. 301-303.

³³² *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Traducción de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 16. (Colección estructuras y procesos; serie derecho).

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça*, Brasília, 1º set. 2006.

³³⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas...*, opus citatum, p. 303.

³³⁵ Este processo tem seu princípio nas décadas de 70 e 80 do século XX na Grã-Bretanha de Thatcher, no Chile de Pinochet e nos Estados Unidos de Reagan.

(neo)conservadorismo penal³³⁶, duas ferramentas do capitalismo jamais inteiramente abandonadas.

Nos planos pré-processual e processual, duas leis demarcam a política das prisões. A Lei 7.960/89, oriunda da Medida Provisória 111/89, disciplinou a prisão temporária, custódia utilizada para o resguardo dos interesses da investigação criminal. Nesta hipótese, uma pessoa é presa para que os órgãos de segurança do Estado arremessem provas a respeito da autoria de um delito e, posteriormente, construam uma tese acusatória. Em sede de processo de execução, a Lei 10.792/03 criou o regime disciplinar diferenciado (RDD), sanção a ser determinada pelo diretor do estabelecimento e, ato contínuo, submetida à homologação pelo juiz. Acaso imposta, ela submete o condenado a um isolamento absoluto por um período máximo de 360 dias, prorrogável, limitado até o cumprimento de um sexto da pena aplicada.³³⁷

A decretação da prisão temporária deve obedecer, no mínimo, a dois requisitos, os quais reclamam minuciosa fundamentação: *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Porventura inexistentes razões plausíveis indicadoras de autoria ou situações reveladoras do risco em preservar a liberdade do investigado, cabível, em tese, será o decreto de prisão, desde que acompanhado das demais circunstâncias legais. Ocorre, entretanto, que a cautelaridade exigível da prisão temporária identifica-se com a da prisão preventiva, a qual pode ser decretada na fase pré-processual ou processual e, inclusive, de ofício pelo magistrado.³³⁸ Portanto, por guardar

³³⁶ A prova dessa evolução está no aumento rápido e continuado do número de indivíduos condenados a penas superiores a um ano de prisão. [...]. Esse indicador de “punitividade” passou de 21 prisioneiros por mil infrações, em 1975, para 37 por mil, em 1985, antes de chegar a mais de 105 por mil, em 1999. [...]. O fato de que o crescimento deste indicador seja nitidamente mais acelerado do que o do índice de encarceramento relacionado apenas ao número de crimes violentos (505% contra 373%) confirma que a maior severidade dos Estados Unidos visa, antes, os pequenos delinquentes (*sic*) de direito comum, cuja esmagadora maioria provém das camadas inferiores do proletariado, e notadamente de seus integrantes negros e hispânicos. O que mudou durante este período não foi a natureza e a frequência (*sic*) da atividade criminosa, mas sim a atitude dos poderes públicos – e da classe média branca que constitui o grosso dos contingentes eleitorais – para com o proletariado e o subproletariado negro, escolhidos para se transformarem no principal alvo e junto aos quais o Estado penal se encarrega de reafirmar os imperativos cívicos do trabalho e da moralidade com tão mais vigor, que a precarização do emprego e a contração da caridade do Estado os colocam cada vez mais vulneráveis. Reforçada pelo viés de classe e de casta do sistema policial e judiciário, a austeridade penal visa e atinge as categorias mais afetadas pela austeridade econômica e social que se instaurou em reação à “estagflação” dos anos 1970. Vale dizer que *o aprisionamento de massa dos Estados Unidos não diz respeito tanto às “classes perigosas” quanto às classes precárias* em seu conjunto. Reencontrando a missão que era sua em suas origens históricas, a instituição carcerária serve, doravante, como principal instrumento da gestão da miséria na América. (WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2003, p. 224-226). (Coleção pensamento criminológico, 6).

³³⁷ O art. 52, III, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) permite aos apenados em regime disciplinar diferenciado visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas.

³³⁸ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal..., opus citatum).

semelhanças com a prisão para averiguação³³⁹, entende-se pela inconstitucionalidade da prisão temporária, devendo-se o juiz decretar a custódia preventiva.

No tocante à execução do regime disciplinar diferenciado - RDD, o art. 52, § 2º, da Lei 10.792/03 admite a sua aplicação ao preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Tornar o regime de execução mais bárbaro do que a sua própria natureza com esteio em suspeitas, mesmo que fundadas, ofende a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência. Esta sistemática de execução da pena privativa de liberdade não possui respaldo constitucional.

A era do punitivismo, na esteira das nações europeias e dos Estados Unidos³⁴⁰, gerou o grande encarceramento nas delegacias, nas cadeias públicas e nas unidades penitenciárias. A

³³⁹ Trata-se de expediente muito utilizado em regimes de exceção. O Supremo Tribunal Federal, guardião por excelência dos direitos e garantias fundamentais, em questionável decisão, não concedeu *habeas corpus* no qual paciente, acusado de crime, foi conduzido coercitivamente à delegacia, sem ordem judicial e sem situação de flagrante delito: “A 1ª Turma *denegou*, por maioria, *habeas corpus* impetrado em favor de paciente que fora conduzido à presença de autoridade policial, para ser inquirido sobre fato criminoso, *sem ordem judicial escrita ou situação de flagrância, e mantido custodiado em dependência policial até a decretação de sua prisão temporária por autoridade competente*. A impetração argumentava que houvera constrangimento ilegal na fase inquisitiva, bem como nulidades no curso da ação penal. Em consequência (*sic*), requeria o trancamento desta. Verificou-se, da leitura dos autos, que esposa de vítima de latrocínio marcara encontro com o paciente, o qual estaria na posse de cheque que desaparecera do escritório da vítima no dia do crime. A viúva, então, solicitara a presença de policial para acompanhar a conversa e, dessa forma, eventualmente, chegar-se à autoria do crime investigado. Ante as divergências entre as versões apresentadas por aquela e pelo paciente, durante o diálogo, todos foram conduzidos à delegacia para prestar esclarecimentos. Neste momento, fora confessado o delito. Assentou-se que a própria Constituição asseguraria, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. O art. 6º, II a VI, do CPP, por sua vez, estabelecerá as providências a serem tomadas pelas autoridades referidas quando tivessem conhecimento da ocorrência de um delito. Assim, asseverou-se ser possível à polícia, autonomamente, buscar a elucidação de crime, sobretudo nas circunstâncias descritas. Enfatizou-se, ainda, que os agentes policiais, sob o comando de autoridade competente (CPP, art. 4º), possuiriam legitimidade para tomar todas as providências necessárias, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. Observou-se que seria desnecessária a invocação da teoria dos poderes implícitos - grifo nosso.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107.644/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça*, Brasília, 17 out. 2011). Em reverência a excepcionalidades ou peculiaridades de cada caso muitas normas constitucionais foram flexibilizadas. É um acórdão preocupante porque dilata possibilidades de intervenções policiais sem mandados de prisão e, muito menos, situações de flagrância.

³⁴⁰ A quadruplicação, em 20 anos, da população carcerária dos Estados Unidos explica-se não pela escalada da criminalidade violenta, mas sim pela extensão do recurso ao aprisionamento de uma gama de delitos e crimes de rua que, até então, não acarretava, como condenação, a privação da liberdade, notadamente as infrações menores à legislação relativa aos entorpecentes e os comportamentos qualificados de atentado à ordem pública, e também pelo contínuo aumento das penas atribuídas. A partir de meados da década de 1970, e mais ainda após 1983, ano em que o governo federal declarou a “guerra às drogas”, o encarceramento foi aplicado com uma frequência (*sic*) e uma severidade cada vez maiores ao conjunto dos contraventores, quer fossem eles criminosos profissionais ou infratores de ocasião, grandes bandidos ou pequenos ladrões, violentos ou não-violentos. A exceção foram os delitos e os crimes econômicos – malversação fraudulenta, desvio de fundos, abuso de confiança, delitos de iniciados, fraude no crédito ou ao seguro, “maquiagem”, violações do código comercial ou da legislação trabalhista -, que são o apanágio das classes abastadas e das empresas. [...]. Os autores de infrações de “colarinho branco” são, a princípio, muito menos suscetíveis de serem detectados, perseguidos e condenados que os delinquentes (*sic*) de rua. [...]. Assim, a mesma década que vê os pequenos traficantes e os consumidores de drogas dos bairros pobres serem jogados na prisão aos milhares, por estadas que são marcadas em anos, e os sem-teto abarrotarem as casas

realidade brasileira, contudo, apresenta uma característica singular: a onda punitiva sobreveio abruptamente sob a égide de um regime democrático instituído pela Constituição Federal de 1988. Ou seja: os poderes da República adotaram a mesma ideologia repressora. A simples propagação de leis incriminadoras e restritivas do direito à liberdade não alcançaria o êxito desejado se, na instância judicial, a magistratura não estivesse predisposta a aplicá-las com o sentimento de vingança, à revelia dos princípios mais mezinhos estampados na Constituição do Brasil, cuja promulgação foi quase simultânea à sua transgressão. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes assinala:

Com 471% de crescimento populacional carcerário no lapso de 20 anos [1990-2011], o Brasil está à frente dos países de maior população prisional do mundo (veja-se: Estados Unidos cresceu 75%, China, 29% e a Rússia, 5,7%), perdendo apenas para Camboja, que apresentou crescimento de 502% entre 1995 a 2011. O percentual acima revela que, num período aproximado de 21 anos, o Brasil teve um crescimento desenfreado do número de encarcerados [entre presos provisórios e definitivos], chegando a quase sextuplicar sua população carcerária, ao passo que nos países mais encarceradores do mundo [Estados Unidos, com 2.266.832 presos, China, com 1.650.000 e Rússia, com 763.700, todos em 2010], por exemplo, o número de presos sequer dobrou. O mais preocupante, no entanto, não é só o crescimento prisional, e sim, as condições humilhantes e indignas proporcionadas aos presos.³⁴¹

Esta conjuntura produziu problemas de quatro ordens, principalmente: i) aumento no volume de recursos criminais e *habeas corpus*, uma vez que muitos processos que redundam em sentenças condenatórias são eivados de nulidades, como o cerceamento do direito de defesa; ii) críticas mais constantes das organizações internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos; iii) escassez de orçamento para amenizar o caos prisional e cumprir os demais mandados de prisão e iv) elevação do número de rebeliões como forma de protesto às superlotações e às degradantes condições de vida.

Os motins, por sua vez, provocam dois desdobramentos. Num primeiro momento, os envolvidos são novamente processados por crime de dano qualificado (CP, art. 163, parágrafo único, III) e, quase sempre, condenados. No mesmo contexto, a violência com que se desenvolvem estas revoltas deixam mortos e graves enfermos, hipóteses que ensejam a responsabilidade civil do Estado (CF, art. 37, § 6º)³⁴² e, por consequência, a oneração dos cofres

de detenção pelo único motivo de pedirem esmolas ou importunarem os comerciantes da *Main Street*, é também aquela em que a “malversação em quadrilha organizada”, crime típico do capitalismo dominado pelo capital financeiro, se generaliza e em que a fraude atinge seu ápice na *Wall Street*, numa impunidade quase total. (WACQUANT, Lóic. *Punir...*, p. 222-223).

³⁴¹ Ibidem, p. 209.

³⁴² CF, art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições...*, opus citatum, p. 38).

públicos.³⁴³ A evolução paralela entre o constitucionalismo e o punitivismo, com ênfase neste, consistiu em mais uma etapa da acomodação do poder das classes dominantes. O complexo de direitos e garantias fundamentais, reforçados pelo sistema de (in)justiça criminal, ficou na imaginação das classes miseráveis.

5.2 Medidas cautelares pessoais e a prisão cautelar no processo penal brasileiro

As estatísticas de aprisionamento e os inúmeros percalços daí decorrentes indicavam a trajetória do caos na política de segurança pública no Brasil: em 2008, 451.219 presos; em 2009, 473.626 e, em 2010, 496.251. Conforme o último censo penitenciário, publicado em dezembro de 2012, existem atualmente 548.003 pessoas sob a custódia do Estado, distribuídas entre presídios, delegacias e cadeias públicas.³⁴⁴ Estes números, por si só preocupantes, exibem outro aspecto da tragédia, o qual consiste no elevado índice de presos provisórios: em 2008, 196.670 presos (43,58%); em 2009, 209.126 (44,15%) e, em 2010, 215.229 (43,37%). Em relação a este panorama, Renato Marcão esclarece que:

A média nacional de presos cautelares alcança o inaceitável patamar de 44%, verdadeiro paradoxo com o ideal constitucional, pois sabe-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF). A média mundial de presos cautelares gira em torno de 25% nos países democráticos. No Brasil, no início da década de 1990 o percentual de presos cautelares era de 18% e saltou, agora, de forma expressiva, para os astronômicos 44%. É evidente que algo não vai bem neste tema. É claro que estamos diante de flagrante distorção à regra constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Pois bem. Este é o quadro: violência crescente na maioria dos Estados; excesso na decretação de prisões cautelares; falta de investimentos suficientes e adequados com vistas à criação de vagas nos regimes fechados e semiaberto; falta de vagas no regime semiaberto e permanência de condenados irregularmente no regime mais severo, quando já promovidos ou inicialmente condenados ao cumprimento de pena no regime intermediário. Estes são alguns dos principais motivos da superpopulação no regime fechado, cujas instalações, em regra, são péssimas e violam todas as garantias elencadas na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos e em tantos outros diplomas normativos internacionais aos quais o Brasil se vinculou.³⁴⁵

O Conselho Nacional de Justiça divulgou, em 2010, dados referentes aos presos provisórios em alguns países: Japão (11%); Rússia (16%); Portugal (19%); Espanha (21%); Estados Unidos (21%); França (28%); México (41%); Itália (43%); Brasil (44%); Argentina

³⁴³ RESPONSABILIDADE. ESTADO. MORTE. DETENTO. A Turma, por maioria, firmou cuidar-se de responsabilidade objetiva do Estado a morte de detendo ocorrida dentro das dependências da carceragem estatal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 944.884/RS, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 03 nov. 2008).

³⁴⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema...*, opus citatum.

³⁴⁵ *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

(59%); Uruguai (66%); Venezuela (67%); Índia (67%); Paraguai (71%), Bolívia (74%) e Libéria (97%).³⁴⁶ O que deve ser potencializado não é a relativa zona de conforto da realidade brasileira em comparação com as demais nações integrantes da América Latina, mas sim a circunstância de que o número de presos cautelares é superior ao dobro do percentual dos países considerados mais encarceradores do mundo: Rússia e Estados Unidos. O discurso dos setores mais conservadores procura exatamente enfatizar a situação de “privilégio” perante o quadro sul-americano, dissimulando as prisões ilegais que grassam no Brasil. A título de ilustração, há dois *habeas corpus* julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos quais os pacientes encontravam-se presos provisoriamente há 7 e 6 anos, respectivamente:

[...]. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, *a custódia instrumental dos pacientes já ultrapassa 7 (sete) anos, tempo superior até mesmo a algumas das penas do Código Penal. Prazo alongado esse que não é de ser debitado decisivamente à defesa*. 3. A gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida - grifo nosso.³⁴⁷

[...]. Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, ainda que em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, “*hic et nunc*”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. [...] Parece-me que a situação exposta nesta impetração ajusta-se às hipóteses que autorizam a superação do obstáculo representado pela Súmula 691/STF. Passo, em consequência (*sic*), a examinar a postulação cautelar ora deduzida nesta sede processual. O exame dos elementos trazidos aos autos, considerada a seqüência (*sic*) cronológica dos dados juridicamente relevantes, *permite reconhecer a efetiva ocorrência, na espécie, de superação irrazoável dos prazos processuais, pois o ora paciente – consoante informação existente nestes autos, emanada do ilustre magistrado processante – “encontra-se recolhido no estabelecimento prisional desde 20 de dezembro de 2003 (...)” (fls. 17), há, portanto, quase seis (06) anos!!!* Em consequência (*sic*) de tal situação (que é abusiva e inaceitável), o ora paciente permanece, na prisão, por período superior àquele que a jurisprudência dos Tribunais tolera, dando ensejo, assim, à situação de injusto constrangimento a que alude o ordenamento positivo (CPP, art. 648, II). [...] A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). [...] - grifo nosso.³⁴⁸

³⁴⁶ LONDON. KING'S COLLEGE, INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Justiça criminal*. Set./2010. Disponível em: <<http://cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 102.668/PA. Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça*, Brasília, 31 jan. 2011.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 100.574/MG. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 abr. 2010.

O caso mais estarrecedor julgado pelos Tribunais Superiores ocorreu em sede de ação de indenização por danos materiais e morais. No Recurso Especial 802.435, o Superior Tribunal de Justiça condenou o Estado brasileiro a pagar dois milhões de reais ao Sr. Marcos Mariano da Silva, 58 anos, preso ilegalmente por quase 13 anos no presídio Aníbal Bruno, Recife – Pernambuco. Preso em 27 de julho de 1985, por ser homônimo de um suspeito de homicídio, o *habeas corpus* somente foi concedido em 25 de agosto de 1998. Casado, pai de onze filhos, contraiu tuberculose no cárcere e, em uma rebelião, perdeu a visão. Rebotalho de um homem, ex-pai, ex-chefe de família, ex-trabalhador, ex-filho, ex-irmão, perdeu tudo, tudo. Eis o acórdão:

[...]. 1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião. 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. [...]. 5. A plêiade dessas garantias revela inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira. 6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escoreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua *ratio essendi*, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não resulte em soma desproporcional. 8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais. 9. Fixada a gravidade do fato, a indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial. [...]. 12. Recurso Especial desprovido. [...] - grifo nosso.³⁴⁹

Em 2000, por intermédio da Portaria 61, de iniciativa do Ministro José Gregory, o Ministério da Justiça constituiu uma comissão de juristas com o objetivo de reformar a legislação processual penal, a qual deu origem, no ano seguinte, ao Projeto de Lei 4.208. Em 2011, a tramitação de uma parte do projeto culminou na promulgação da Lei 12.403, de 4 de maio, responsável pela alteração do Código de Processo Penal na seção relativa à prisão

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 802.435/PE. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 out. 2006.

processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. O cenário nacional reclamava, portanto, um rol de alternativas à prisão cautelar³⁵⁰, haja vista a superlotação carcerária:

Esta realidade era completamente diversa no ano de 1990. Segundo os dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça, aproximadamente 90 mil presos integravam o sistema carcerário nacional em 1990, sendo que apenas 18% eram provisórios, enquanto que 82% correspondiam aos presos com condenação definitiva. *Enquanto o número de presos condenados cresceu 278%, entre 1990 a 2010, o número de presos provisórios simplesmente explodiu, aumentando 1.253% no mesmo período. Em outras palavras, significa dizer que o número de presos aumentou 13,5 vezes, ao passo que os condenados apenas 4 vezes.* O sistema carcerário brasileiro e, dentro dele, a prisão provisória (também chamada de prisão cautelar ou preventiva) é um dos problemas e dos entraves mais chocantes da nossa evolução civilizatória. [...]. O direito penal e processual penal do inimigo nunca deixou de vigorar no Brasil - grifo nosso.³⁵¹

Se as leis penais incriminadoras, estimuladas pela cultura midiática-policialesca da emergência, são caracterizadas pela celeridade na tramitação, as leis benéficas aos investigados e acusados geralmente são submetidas ao ritmo da morosidade. O vetusto dilema da transição lenta, segura e gradual participou ativamente da elaboração da Lei 12.403. Após 10 anos de debates e polêmicas, a lei foi promulgada com mais avanços do que retrocessos.³⁵² Se o Poder

³⁵⁰ Código de Processo Penal, art. 319: “São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.” (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal..., opus citatum).

³⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: _____; MARQUES, Ivan Luís. (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403*, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-29.

³⁵² A Lei 9.714/98, cujo teor disciplina as penas restritivas de direitos substitutivas da privativa de liberdade, teve como objetivo a redução do número de encarceramentos. Ocorre, entretanto, que a meta ainda não foi alcançada. Consoante o pensamento de Salo de Carvalho, “o paradoxo (aparente) é relativo à natureza da Lei n. 9.714/98. Se as Leis ns. 8.072/90 e 10.792/2003 apontam, inegavelmente, para a densificação do punitivismo, o novo estatuto que institui espécies alternativas de sanção tenderia a ampliar os espaços de liberdade, inclusive estabelecendo um contraponto à massiva expansão do encarceramento brasileiro inaugurada com a Lei dos Crimes Hediondos. No entanto, a Lei 9.714/98 acaba por produzir dois efeitos perversos. O primeiro, no plano político-criminal, é o da **expansão do controle punitivo**. Conforme é possível verificar na literatura especializada, *a Lei das Penas Alternativas não provocou a diminuição dos níveis de encarceramento nacional*. Os dados demonstram que *os fenômenos (encarceramento e substitutivos penais) são autônomos, sendo possível perceber que tanto o número de prisões quanto o de penas alternativas cresceu de forma constante no Brasil desde 1998, ou seja, a expectativa anunciada pelos órgãos oficiais de controle de que a Lei n. 9.714/98 diminuiria o fenômeno da prisionalização não se efetivou*. Logicamente que qualquer projeto voltado à substituição da prisão por espécies menos aflitivas de sanção é relevante. A questão colocada, no entanto, diz respeito à efetividade do caráter substitutivo destas

Legislativo exerceu, mesmo que parcialmente, sua função típica, o Poder Judiciário ainda continua reticente.

O número de presos provisórios em dezembro de 2012, 19 meses posteriores à edição da lei, somavam 229.326 pessoas, o que representa 41,84%. Portanto, entre o censo de dezembro de 2010, 5 meses anteriores à nova disciplina da prisão, e o censo de 2012, houve uma redução de presos cautelares de apenas 1,53%. Há, nestas tentativas de redução dos encarceramentos, um dado concreto a considerar: o esforço dos mutirões carcerários coordenados pelo Conselho Nacional de Justiça. Nesta perspectiva, apesar de os índices ainda serem inexpressivos, muitas injustiças foram sanadas.³⁵³ Conforme o diagnóstico mais recente:

Com o objetivo de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza, desde agosto de 2008, o Mutirão Carcerário. Em síntese, a linha de atuação nos Mutirões é baseada em dois eixos: a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado. [...]. *Desde que o programa teve início, e após visitar todos os estados brasileiros, cerca de 400 mil processos de presos já foram analisados e mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros. Pelo menos 45 mil presos foram libertados como resultado do programa, pois já haviam cumprido a pena decretada pela Justiça.* [...]. O programa é conduzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). [...]. Ressocialização - O DMF também desenvolve o Programa Começar de Novo, que administra, em nível nacional, oportunidades de estudo, capacitação profissional e trabalho para detentos, egressos do sistema carcerário, cumpridores de penas alternativas e adolescentes em conflito com a lei. [...]. Balanço – *Em 2013, os mutirões foram realizados nos estados do Rio Grande do Norte, Piauí, Ceará, Amazonas e Alagoas. A equipe analisou 33,7 mil processos de presos provisórios e definitivos. Como resultado foram concedidos 5,4*

espécies de pena. Em realidade, as pesquisas criminológicas demonstram que os substitutivos configuram-se, na maioria das vezes, como aditivos sancionatórios relegitimadores do arquipélago carcerário. No plano normativo e dogmático situa-se o segundo efeito perverso da Lei n. 9.714/98, que é o reforço da **desestabilização da estrutura sancionatória** projetada na Reforma de 1984. Neste ponto, que diz respeito à lógica interna do sistema de penas, os efeitos da Lei 9.714/98 talvez sejam mais contundentes que os provocados pela Lei n. 8.072/90 e pela Lei n. 10.792/2003. Importante referir, novamente, que são louváveis quaisquer iniciativas cujas finalidades sejam estender os espaços de liberdade e restringir encarceramento. Todavia, esta perspectiva é válida apenas quando efetivamente representa uma alternativa, e não um *plus* punitivo ou um limitador de direitos.” (*Penas...*, opus citatum, p. 306-307).

³⁵³ Em estudo sobre a atuação dos mutirões carcerários promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em intervalo anterior à Lei 12.403/11, Luiz Flávio Gomes adverte: “A prisão provisória é uma dessas atrocidades [...] que chega a patamar inacreditável quando se vê a situação daquele lavrador que, no Espírito Santo, ficou preso durante 11 anos (sem julgamento). Pior é saber que isso não é um fato isolado. Levantamentos e inspeções concretizados pelo Conselho Nacional de Justiça vêm revelando disparates graves, total insensibilidade e desrespeito à dignidade da pessoa humana. No Maranhão uma pessoa ficou presa durante oito anos quando a pena era de quatro. Em Pernambuco e no Piauí foram encontrados presos que já tinham sido absolvidos. [...]. Até inquérito de tarja preta se descobriu (são inquéritos de pessoas que não podem ser liberadas, de acordo com um consenso estabelecido entre a polícia, o Ministério Público e o juiz). [...]. De agosto de 2008 a dezembro de 2010 foram realizados 80 mutirões (pelos juízes designados pelo CNJ) em 24 estados brasileiros. Foram analisados 218.401 processos criminais. Desse universo de demandas foram concedidas 27.791 liberdades e 49.586 benefícios (outros) previstos na Lei de Execução Penal. Isto quer dizer que, por dia, aproximadamente 33 indivíduos indevidamente encarcerados foram liberados.” (Da prisão..., opus citatum, p. 75-76).

*mil benefícios, entre progressão de pena, direito a trabalho externo, entre outros - grifo nosso.*³⁵⁴

A Lei 12.403/11, ressalvando literalmente que a liberdade é a regra e a prisão é exceção, almejou retirar o óbvio do anonimato. Com efeito, a própria lei era prescindível, uma vez que todos os juízes deveriam aplicar o princípio da presunção de inocência, um dos baluartes da democracia e da República. Segundo esta exegese, como a Constituição Federal prescreve textualmente que o estado de inocência deve ser preservado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não haveria necessidade, em tese, de uma lei ordinária restabelecer o postulado. Mesmo com o reforço da legislação, a aplicabilidade da CF/88 permanece comprometida, pois a redução das prisões cautelares ainda não apresentou índices toleráveis.

Com o objetivo nítido de transformar a prisão em medida extrema, a Lei 12.403/11 modificou sensivelmente o organograma do Código de Processo Penal ao elencar nove medidas cautelares diversas da prisão provisória.³⁵⁵ Antes da reforma, havia apenas duas espécies de medidas cautelares pessoais: prisão cautelar e liberdade provisória. Com a alteração legislativa, o sistema processual penal evoluiu da bipolaridade (ou binariedade) para o sistema multicautelar. “Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória.”³⁵⁶

Consoante a nova sistemática processual, após o recebimento do auto de prisão em flagrante, o magistrado pode relaxá-la, se ilegal; convertê-la em prisão preventiva, preenchidos os requisitos do art. 312 e conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Por sua vez, o art. 321 do CPP prescreve que “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, *se for o caso*, as medidas cautelares previstas no art. 319 - grifo nosso.”³⁵⁷ O juiz, portanto, poderá decretar a prisão

³⁵⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão carcerário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

³⁵⁵ Ao lado da prisão preventiva, da prisão em flagrante, da prisão domiciliar e da prisão temporária criaram-se, também, à semelhança do *contrôle judiciaire* existente na França há mais de quatro décadas, outras medidas cautelares destinadas a “concilier la liberté individuelle et la protection sociale”, evitando, na medida do possível, o encarceramento do investigado ou processado, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência e indiscutivelmente ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana. [...]. Concedeu-se ao Juiz uma série de medidas cautelares de natureza pessoal, e o sucesso dessas providências tomadas pelo legislador vai depender, e muito, da maior ou menor sensibilidade do Magistrado. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 430. v. 3).

³⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 4.

³⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal..., opus citatum.

preventiva, conceder a liberdade provisória mediante a imposição de outras medidas cautelares, incluindo-se a fiança (CPP, art. 319, VIII) e conceder a liberdade provisória incondicionada.

“O art. 282 estabelece os critérios de aplicação das medidas cautelares pessoais, fixando dois dos elementos da proporcionalidade, ou seja, necessidade e adequação. [...]. A proporcionalidade é o critério básico para a aplicação das medidas cautelares pessoais.”³⁵⁸ Por outro lado, a prisão preventiva reclama a presença das condições de admissibilidade (CPP, arts. 313 e 314)³⁵⁹, dos requisitos cautelares e da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, arts. 319 e 320). “Os requisitos cautelares são o *fumus commissi delicti* (pressuposto) e o *periculum libertatis* (fundamento), os quais são estabelecidos no art. 312 do CPP.”³⁶⁰ A configuração do *fumus commissi delicti* requer a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria ou participação. Em relação ao *periculum libertatis*, o julgador deverá fundamentar o decreto na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A Lei 12.403/11 proporcionou ao juiz um conjunto de medidas cumuláveis com a liberdade provisória. Se, antes, na hipótese de liberdade provisória, era possível condicioná-la ao compromisso de comparecimento a todos os atos do inquérito policial ou da instrução criminal, atualmente, além dessa exigência, é admissível o acréscimo de qualquer das medidas previstas no art. 319, como, por exemplo, a monitoração eletrônica. Desta forma, a lei, em detrimento dos direitos de uma pessoa ainda acusada de uma infração penal, engendrou mais restrições à liberdade ambulatoria do agente. É evidente esta característica com relação à disciplina da fiança, uma vez que “o legislador [...] à medida que reduziu as hipóteses de

³⁵⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 18, n. 223, jun. 2011, p. 15-16.

³⁵⁹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal..., opus citatum).

³⁶⁰ FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 202. (Coleção elementos do direito; v. 8).

liberdade provisória sem fiança, de outro giro, [...], buscou fortalecer o instituto da liberdade provisória com fiança.”³⁶¹

Todo o catálogo de medidas alternativas à privação da liberdade foi instituído para evitar o uso indiscriminado da prisão cautelar, pois “os efeitos práticos da prisão preventiva são em tudo semelhantes aos efeitos práticos da prisão para o cumprimento de pena privativa de liberdade.”³⁶² Ao deslocar o instituto da prisão para a última hipótese de cautela processual, a Lei 12.403/11, após 23 anos, compatibilizou o Código de Processo Penal com o texto constitucional. Responsável pelo fim da prisão administrativa e pela disciplina da prisão domiciliar, a reforma manteve pontos censuráveis: i) prisão especial; ii) inexistência de um prazo máximo de prisão cautelar; iii) utilização, por analogia, do art. 798 do Código de Processo Civil, o qual trata do poder geral de cautela³⁶³; iv) garantia da ordem pública e ordem econômica como fundamentos da prisão preventiva; e v) possibilidade de decretação das medidas cautelares pessoais e da prisão preventiva de ofício pelo juiz.

A prisão especial, prevista no art. 295 do Código de Processo Penal³⁶⁴, foi tema de debate na reforma processual. Aprovada a sua extinção pelo Senado Federal, mas mantida pela Câmara dos Deputados, ela, apesar de não englobar os condenados em caráter definitivo, é “repleta de privilégios incompreensíveis, sob a ótica do Estado Democrático de Direito. [...]. O fundamental, para fazer cumprir essa forma de prisão, é separar os denominados *presos comuns* (sem privilégios) dos presos especiais (com privilégios).”³⁶⁵ A prisão cautelar, em atenção ao

³⁶¹ LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 153.

³⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008, p. 389.

³⁶³ CPC, art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. (BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Presidência da República*, Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014).

³⁶⁴ Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I - os ministros de Estado; II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados; IV - os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”; V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI - os magistrados; VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII - os ministros de confissão religiosa; IX - os ministros do Tribunal de Contas; X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal..., opus citatum).

³⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 51. Eduardo Espínola Filho, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (1931-1945), defensor da prisão especial, anotou: “A *prisão especial de*

princípio da razoável duração do processo penal (CF, art. 5º, LXXVIII), deveria ter um prazo máximo, um limite estabelecido por um critério objetivo. Atualmente, muitos excessos de prazo são singelamente justificados com base na complexidade da causa ou da quantidade de réus, circunstâncias perfeitamente contornáveis com mais empenho e dedicação no exercício da magistratura.

No tocante ao poder geral de cautela, isto é, possibilidade de o juiz decretar medidas cautelares atípicas, não previstas em lei, um setor da doutrina ainda entende-o admissível. É inconcebível pressupor que a adoção de uma medida cautelar atípica ocorreria em benefício do acusado. Muito pelo contrário, funcionam, literalmente, como mecanismos de restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção. Neste sentido, em atenção ao princípio da legalidade dos crimes e das penas, a atipicidade da medida cautelar não vigora no processo penal brasileiro. Conforme a ponderação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

Há, portanto, um princípio de legalidade para as medidas cautelares pessoais, privativas ou restritivas da liberdade. Consequentemente, caso se considere que o novo rol de medidas dos arts. 319 e 320 do CPP é insuficiente, ou mesmo se se entender que as hipóteses de cabimento de tais medidas devam ser ampliadas para que possam atingir outras finalidades, será necessária modificação legislativa. Medidas cautelares devem ser criadas, ampliadas ou alteradas por lei, não por criação jurisprudencial! Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem aplicá-las para finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição e nas leis.³⁶⁶

A expressão “garantia da ordem pública” e sua conseqüência, “garantia da ordem econômica”, denotam vagueza, imprecisão.³⁶⁷ A definição da fórmula genérica, no caso

peçoas de qualidade, ainda não condenadas definitivamente. Antes da condenação definitiva, não se podem afirmar responsáveis inexcusáveis, por infrações penais, as pessoas sujeitas à prisão, pelo que o art. 300 faz uma recomendação de alta significação, ordenando que se evite, tanto quanto possível, o contato entre réus definitivamente condenados e pessoas apenas provisoriamente presas; assim, *é natural que se conceda o privilégio de ficar em estabelecimento diverso do cárcere comum, livres do contato com a ralé dos criminosos, as pessoas de qualidade, pelas funções que ocupam, pela sua educação e instrução, pelos relevantes serviços públicos que prestem ou tenham prestado.* A respeito, sempre houve a preocupação do legislador pátrio em providenciar. Os quartéis do Exército ou da Armada foram, freqüente (*sic*) vez, designados especialmente como podendo oferecer a garantia, que o Código atual vê suficientemente assegurada, igualmente, nos da Polícia Militar, bem como em qualquer aposento, que, não sendo cárcere comum, represente prisão especial - grifo nosso.” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas, SP: Bookseller, 2000, p. 380-381. v. III).

³⁶⁶ Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – comentários aos arts. 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 231.

³⁶⁷ Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Grave problema encerra ainda a

concreto, irá depender do subjetivismo do juiz. O risco para a ordem pública é geralmente associado ao clamor público, abalo social, credibilidade das instituições e gravidade do delito, embora tais terminologias sejam rechaçadas, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal.³⁶⁸ Ante a teoria da cautelaridade, a prisão preventiva com esteio na garantia da ordem pública não goza de constitucionalidade duvidosa: ela é inconstitucional. “Daí a resistência a ela por parte da doutrina, entendendo-se que a prisão para garantia da ordem pública configuraria uma verdadeira medida de segurança, com antecipação de pena.”³⁶⁹

Além disso, “a decretação de cautelares de ofício, já prevista no Código de Processo Penal atual em relação à prisão, é incompatível com o modelo processual acusatório.”³⁷⁰ Para a legitimidade do sistema de justiça criminal é imprescindível a imparcialidade do julgador. O magistrado que pratica, sem qualquer espécie de provocação, atos de investigação ou, pior, decreta medidas cautelares restritivas ou privativas de liberdade, despe-se de idoneidade para efetuar um julgamento equânime. Este intercâmbio entre as atividades dos sujeitos do processo penal reafirma a crítica no sentido de que “o Código de Processo Penal sofre de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: *o de estar visceralmente refém do*

prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121-122. v. II).

³⁶⁸ A Turma indeferiu *habeas corpus* no qual se alegava falta de fundamentação da decisão que determinara a segregação cautelar do paciente. Esclareceu-se que os diversos registros atinentes à gravidade do delito, ao clamor público, à insegurança do meio social e à credibilidade das instituições afastar-se-iam da jurisprudência consolidada pela Corte, em tema de fundamento apto a embasar as denominadas prisões processuais. Todavia, asseverou-se que, da leitura dos demais argumentos, apontados pelo juízo, constatar-se-ia a existência de fatos concretos que justificariam a custódia, tanto para garantir a aplicação da lei penal, como para resguardar a ordem pública. Não obstante destacando entendimento da Turma no sentido de que a simples fuga não justificaria, per se, a determinação da prisão provisória, consignou-se que, conforme os motivos do mencionado decreto, fora demonstrada inequívoca intenção de o paciente se furtar à aplicação da lei penal, pois estaria foragido antes mesmo da expedição do decreto prisional. Enfatizou-se que a fuga ocorrera antes mesmo de decretada, e não para impugnar decisão constritiva tida por ilegal, sendo, por isso, causa idônea a ensejar a segregação cautelar. Asseverou-se que o decreto de prisão preventiva também se baseara na necessidade de colocar a salvo a ordem pública, patente a configuração do *periculum libertatis*. Constatou-se, ademais, a indicação de fatos concretos que justificariam o alegado risco também para a tranqüilidade (*sic*) e a paz do meio social. Assentou-se, portanto, que o paciente fora conduzido ao cárcere por questões instrumentais devidamente justificadas, razão de ser da prisão preventiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 101.206/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 out. 2010).

³⁶⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 316.

³⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Lei de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 460.

*sistema inquisitivo.*³⁷¹ Portanto, a prisão no Brasil, decorrente do eventual cometimento de um crime, deveria ser restrita à situação de trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou, em se tratando de prisão cautelar, apenas nas modalidades em flagrante ou preventiva, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 118.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Óscar Arnulfo Romero Galdámez, arcebispo de San Salvador, assassinado em 1980, exclamou que “a justiça é como as serpentes: só morde os descalços.”³⁷² A frase, tão impetuosa quanto atual, é perfeitamente aplicável ao Brasil, “um país que encarcera cada vez mais e o faz seletivamente, porque a lei que vale para uns, na prática, não vale para outros.”³⁷³ Em termos históricos, considerando-se os espasmos de democracia, são 47 anos de regime de liberdades em detrimento de 467 anos sob o jugo de monarcas e juntas militares.³⁷⁴ A sociedade construída a partir destas relações de hierarquia e de poder, de favores e obediências, foi caracterizada por fortes antagonismos de classes: os de cima e os de baixo, os doutores e as feras, os cultos e os incultos. Para Marcelo Neves:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem à camadas sociais “marginalizadas” são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Porém, é no campo constitucional que o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das camadas socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do “aparelho estatal”, ou seja, das ações violentas ilegais da polícia. [...] A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal,

³⁷² apud CRUZ, Rogerio Schiatti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 19.

³⁷³ SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 10-11.

³⁷⁴ *A história brasileira é intensamente caracterizada pela presença de violência em processos sociais*. Tentar enumerar as categorias que descrevem essa presença é inútil. O processo exploratório colonial, a organização predatória imperialista, o genocídio indígena, o tráfico negreiro, o cotidiano escravocrata de penalizações e mutilações, o patriarcado machista, os estupros, os linchamentos, os fanatismos religiosos, os abusos policiais, a truculência militar, as agressões ligadas a preconceitos de raça, religião, orientação sexual, agressões a crianças, torturas em prisões. Essas palavras não conseguem representar quase nada, com relação ao que foi vivido no país, embora permaneça o imperativo da necessidade de falar do que foi vivido. *Uma percepção crítica de nosso passado histórico permite perceber que a violência não tem na vida brasileira apenas um lugar casual, ou incidental; ela tem uma função propriamente constitutiva: ela define condições de relacionamento público e privado, organiza instituições e estabelece papéis sociais. Para que a violência ocupe esse lugar central, é necessário que existam condições no campo político e duas condições são fundamentais. É prioritário que o Estado mantenha instituições funcionando de acordo com princípios autoritários. E é importante que, na vida cotidiana, as interações sociais reforcem esses princípios constantemente, como se o autoritarismo fosse benéfico à ordem social - grifo nosso.* (GINZBURG, Jaime. *Crítica em tempo de violência*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2012, p. 241).

desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades.³⁷⁵

No epicentro desta distorção encontram-se as desigualdades de oportunidades no acesso às políticas sociais, ao emprego e aos direitos básicos da cidadania. Com efeito, enquanto os cidadãos têm acesso aos direitos constitucionais e legais, sem se vincularem necessariamente aos deveres, os subcidadãos, diferentemente, são tolhidos no exercício dos seus direitos, embora permaneçam atrelados aos deveres.

Para aqueles vigora a Constituição Federal, seus princípios, suas garantias, seus bônus; para estes o Código Penal, suas penas, seus ônus. Por isso, é possível “perceber que o punitivo não é somente um ‘meio’, pois encerra em si mesmo as condições de reprodução de uma organização social hierarquizada e baseada na exclusão.”³⁷⁶ Os vínculos que estas pessoas tecem com o Estado se estabelecem na condição de devedoras, culpadas, condenadas, presas. A propósito, a crítica de Paulo Sérgio Pinheiro:

Em muitos países na América Latina, após o retorno ao regime constitucional democrático, as relações entre os governos e as sociedades, em particular a maioria de pobres e miseráveis, têm sido marcada por ilegalidade e poder arbitrário. Durante as transições democráticas na América Latina nos anos 80 havia a grande esperança de que o fim das ditaduras significasse a consolidação do Estado de Direito. O retorno ao governo civil trouxe consigo também a expectativa de que a proteção aos direitos humanos obtida para os dissidentes políticos no final do regime autoritário seria estendida a todos os cidadãos. No entanto, quando as sociedades latino-americanas passaram por transições de ditaduras para governos civis, as práticas autoritárias de seus governos não foram afetadas por mudanças políticas ou eleições: *sob a democracia prevalece um sistema autoritário, incrustado em especial nos aparelhos de Estado de controle da violência e do crime. [...]. O que chama a atenção na América Latina, e particularmente no Brasil, por causa de sua dimensão, é que essas formas de incivilidade se abatem de preferência sobre as maiorias que constituem as populações pobres e miseráveis, precisamente aqueles setores que são os alvos do arbítrio, da criminalização e da discriminação.* O Estado, as classes dominantes, as elites não asseguram para essas populações as condições básicas para a realização e efetivação dos direitos humanos. De fato a maior parte dos governos democráticos foi incapaz de formular e implementar políticas eficazes para debelar a sociedade incivil, o não-Estado de Direito, o arbítrio do Estado (um Estado não-‘usável’ para fortalecer o Estado de Direito) e para regular a sociedade econômica e o mercado para o bem coletivo - grifo nosso.³⁷⁷

José Murilo de Carvalho, por sua vez, segmenta a sociedade em três classes. A primeira classe é ocupada pelos empresários, políticos, servidores públicos de cargos de grande projeção

³⁷⁵ *Entre Têmis e Leviatã. Uma relação difícil*: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 248-250.

³⁷⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2008, p. 802-803. (Coleção pensamento criminológico, 15).

³⁷⁷ Introdução: o Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; _____. (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça*: o Não-Estado de Direito na América Latina. Tradução de Ana Luiza Pinheiro e Otacilio Nunes. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 11-12.

social e grandes proprietários urbanos e rurais; são brancos, percebem mais de 20 salários mínimos e possuem ensino superior completo. A classe intermediária, mais numerosa, em torno de 63% das famílias que recebem de dois a 20 salários mínimos, é formada pela classe média modesta, trabalhadores com carteira de trabalho assinada, servidores de cargos públicos cujas atribuições estão alheias ao núcleo do poder político e pequenos proprietários urbanos e rurais; são brancos, pardos ou negros e possuem o ensino fundamental completo e o médio, completo ou incompleto. Em relação à terceira classe:

São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los, os “elementos” estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale o Código Penal.³⁷⁸

“La ciudadanía es aquel status que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiários son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica.”³⁷⁹ A rigor, cidadania envolve uma relação sinalagmática entre direitos e deveres. Sob esta concepção, se uns possuem apenas direitos e outros somente deveres, não há democracia, nem mesmo em seu sentido político, muito menos social. Aquela não se resume a sufrágios universais; reclama eleitores conscientes e processos eleitorais alheios a abusos do poder econômico. A sociedade brasileira, historicamente excludente e preconceituosa³⁸⁰, produziu

³⁷⁸ *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 215-217.

³⁷⁹ MARSHALL, Thomas Humphrey. *Ciudadanía y clase social*. In: _____; BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Versión de Pepa Linares. Madrid: Alianza Editorial, 2007, p. 37.

³⁸⁰ Direitos humanos como “privilégios de bandidos”. *O desrespeito aos direitos humanos é comum no Brasil, como mostram os dados absurdos de abusos policiais*. [...]. Em São Paulo, a defesa dos direitos humanos ajudou tanto a ampliar o reconhecimento dos direitos (durante o regime militar) quanto a contestá-los (sob o regime democrático). Em outras palavras, o significado dos direitos humanos depende de como o conceito é articulado politicamente em contextos específicos. *Defensores de direitos humanos não foram estigmatizados no passado, quando os casos que defendiam eram os de presos políticos de classe média* e quando a abertura estava apenas começando. Ao contrário, o respeito pelos direitos humanos era uma reivindicação importante do movimento político que levou ao fim do regime militar. Na época (final dos anos 70), o respeito pelos direitos de prisioneiros políticos estava sendo exigido por vários grupos seguindo a liderança de intelectuais, políticos de centro e esquerda, a Igreja Católica e sua Comissão de Justiça e Paz, e associações civis, como o Movimento Feminino pela Anistia e a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. *A atenção aos direitos de prisioneiros comuns não era incluída nas exigências, apesar de a violação a seus direitos ser rotineira* - grifo nosso. (CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2000, p. 344-345).

uma cisão no princípio da igualdade ao privar de direitos contingentes abundantes de pobres, jovens e negros.³⁸¹

A violência policial e as arbitrariedades cometidas nas várias instâncias do poder traduzem a via que o Brasil adotou para administrar os conflitos sociais. Conforme Walter Benjamin, “la tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el cual vivimos es la regla. Debemos llegar a una concepción de la Historia que corresponda a esse estado.”³⁸² O estado de exceção permanente a que são submetidas as pessoas marginalmente incluídas na sociedade reproduz a trajetória de opressão e massacre da elite privilegiada e de setores conservadores da classe média contra a pobreza.³⁸³ Conforme Giorgio Agamben:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.³⁸⁴

Nesta perspectiva, “as soluções totalitárias podem muito bem sobreviver à queda dos regimes totalitários sob a forma de forte tentação que surgirá sempre que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem.”³⁸⁵ Nas favelas e nos subúrbios das zonas urbanas, assim como nas delegacias e nos presídios, vigoram totalitarismos, uma vez que são espaços caracterizados por um verdadeiro vácuo de direito. Na

³⁸¹ A atual situação da juventude no Brasil está pressionada pela baixa qualidade da formação escolar. Segundo o IBGE, a evasão escolar no ensino médio (entre 15 e 17 anos de idade) é de 10% e constitui a maior taxa entre os países do Mercosul, o que gera graves consequências para a inserção do jovem no mercado de trabalho; a violência letal, por armas de fogo, é uma das principais *causa mortis* entre a juventude. Cerca de 35 mil jovens morrem anualmente por armas de fogo, sobretudo negros e pobres que vivem nas periferias urbanas. (FREITAS, Gustavo Gomes de; DOWBOR, Monica; AMORIM, Ricardo L. C. A desigualdade no Brasil: o que dizem os dados? In: BARBOSA, Alexandre de Freitas. (Org.). *Brasil real: a desigualdade para além dos indicadores*. São Paulo: Outras Expressões, 2012, p. 128).

³⁸² apud LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incendio – Una lectura de las tesis “Sobre el concepto de historia”*. Traducción de Horacio Pons. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 96.

³⁸³ Apenas sob um ponto de vista que compreenda o proletariado no capitalismo contemporâneo para aquém das categorias do direito e do Estado – em seu movimento real de negação ao domínio da economia, movimento que é também político e, nas suas últimas manifestações, antipolítico, ou antiestatal – é possível compreender o verdadeiro segredo do estado de exceção: a contenção das lutas do proletariado em sua emergência, contenção dos insurretos, dos desobedientes, dos perigosos, dos criminosos que são, para Benjamin, a verdadeira exceção à qual o estado de exceção (ou Estado penal) aparece como reação. (AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. *Estado de exceção, Estado penal e paradigma governamental da emergência*. 2013. 222 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 211-212).

³⁸⁴ *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13. (Coleção estado de sítio). Ressalte-se que Agamben não engloba no contexto do estado de exceção as categorias concernentes às relações econômicas e seus desdobramentos na luta de classes da sociedade capitalista.

³⁸⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 610.

simbologia dos aparelhos de repressão, o estereótipo de suspeito, de indivíduo perigoso, é quase que automaticamente associado à residência na periferia, à cor da pele e ao uso de trajes mais modestos. Sob tal ótica, Boaventura de Sousa Santos assinala:

Analiseemos antes de mais os riscos. Julgo que todos eles se podem resumir num só: a *emergência do fascismo societal*. Não se trata do regresso ao fascismo dos anos trinta e quarenta. Ao contrário deste último, não se trata de um regime político mas antes de um regime social e civilizacional. Em vez de sacrificar a democracia às exigências do capitalismo, promove a democracia até ao ponto de não ser necessário, nem sequer conveniente, sacrificar a democracia para promover o capitalismo. [...]. As formas fundamentais do tipo fascista de sociabilidade são as seguintes: A primeira forma é o *fascismo do apartheid social*. Trata-se da segregação social dos excluídos através de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e zonas civilizadas. As zonas selvagens são as zonas do estado de natureza hobbesiano. As zonas civilizadas são as zonas do contrato social e vivem sob a constante ameaça das zonas selvagens. Para se defenderem, transformam-se em castelos neofeudais, os enclaves fortificados que caracterizam as novas formas de segregação urbana. [...]. A segunda forma é o fascismo do Estado paralelo. [...]. Consiste num duplo padrão da ação estatal nas zonas selvagens e nas zonas civilizadas. Nas zonas civilizadas, o Estado age democraticamente, como Estado protetor, ainda que muitas vezes ineficaz ou não confiável. Nas zonas selvagens, o Estado age fascisticamente, como Estado predador, sem qualquer veleidade de observância, mesmo aparente, do direito.³⁸⁶

A polícia, “onipotente”, invade moradias, danifica bens e inutiliza documentos pessoais. Na maioria das situações as abordagens e as prisões são ilegais, sem mandado judicial, ao arrepio da lei. Nas unidades de privação da liberdade, da mesma forma, as sevícias são parte da rotina. Muitos destes abusos poderiam ser evitados acaso os juízes das varas criminais e das execuções penais realizassem visitas periódicas e verificassem *in loco* a situação dos presos. É comum, na eventualidade de alguma denúncia, o envio de ofício ao diretor da penitenciária ou ao delegado de polícia solicitando informações, cujas respostas, sempre, impugnam a versão da prática de alguma espécie de violência.

O sistema de justiça criminal brasileiro é o reflexo da conjugação de três questões: i) desigualdades sociais em níveis intoleráveis; ii) seletividade; e iii) cultura jurídica autoritária. “Os 10% mais ricos recebem uma renda média 40 vezes superior aos 10% mais pobres. Apesar de inferior aos valores alcançados em 1980, o nível de desigualdade é semelhante ao de 1960, ainda que a renda total do país seja oito vezes maior à verificada há 50 anos.”³⁸⁷ Com efeito, o fator preponderante que define o acesso aos direitos, entre os quais a justiça, é o econômico, critério capitalista por excelência. Em torno de 40% da população brasileira encontra-se alheia

³⁸⁶ Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. (Orgs.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania – NEDIC, 1999, p. 103-104. (Coleção Zero à Esquerda).

³⁸⁷ FREITAS, Gustavo Gomes de; DOWBOR, Monica; AMORIM, Ricardo L. C. Desenvolvimento e combate à desigualdade: os desafios do Brasil. In: BARBOSA, Alexandre de Freitas. (Org.). *Brasil real: a desigualdade para além dos indicadores*. São Paulo: Outras Expressões, 2012, p. 139.

a políticas sociais de qualidade, a níveis razoáveis de emprego e renda e a serviços públicos de excelência, como educação e saúde.

As agências de controle do crime atuam de forma seletiva. “O advento do Estado penal não é uma fatalidade. [...]. O recurso ao aparato prisional não é um destino para as sociedades avançadas, é uma questão de escolha política.”³⁸⁸ Os cárceres brasileiros, legítimas sucursais do inferno, são depósitos de jovens pobres e negros, com níveis de instrução baixo e, portanto, estranhos ao mercado de trabalho formal. É evidente que este grupo não é o único autor de delitos. Os crimes contra o erário estão disseminados em várias administrações públicas. Os sujeitos ativos destes tipos são, entretanto, muito menos suscetíveis a uma persecução penal do que os delinquentes de rua.

A cultura jurídica acentuadamente autoritária possui duas causas e várias consequências. Em primeiro lugar, o ensino do Direito ainda se destaca por uma abordagem reacionária e unilateral dos diversos fenômenos e institutos legais. Um número expressivo de bacharéis ignora a importância de algumas disciplinas como ferramenta imprescindível para a compreensão dos fatos humanos, como a literatura, a antropologia, a filosofia e a história. Além disso, há uma proporção muito elevada de delegados, magistrados e promotores de justiça oriunda da classe abastada e, em menor percentual, da classe média.

Tais pessoas, exitosas em concursos públicos, privilegiadas social e economicamente pelo menos em alguma etapa da vida, irão investigar, acusar e julgar os cidadãos mais vulneráveis da sociedade, muitos dos quais, sequer, terão assegurados um processo penal garantista, seja pela escassez de recursos financeiros para custear os honorários advocatícios, seja pela deficiência nos quadros das defensorias públicas. Nesta conjuntura, há um sentimento dissimulado de manutenção do *status quo*, cujas diretrizes repousam no direito à propriedade como uma das principais razões de existência do Estado. No tocante ao ensino jurídico, ele “foi criado, não para um processo de inovação, de ruptura, mas para um processo de continuidade para fazer melhor o que sempre tinha feito.”³⁸⁹

É extremamente preocupante a relutância de uma parcela de juízes em aplicar as leis benéficas aos acusados de delitos. Muitas prisões em flagrante ilegais transformam-se em prisões cautelares. Nas hipóteses de configuração do excesso de prazo na custódia, inversamente, as prisões provisórias tornam-se ilegais. As mazelas sociais, agravadas pelos

³⁸⁸ WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 104.

³⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 81.

índices de violência urbana, comprovam a estupidez do modelo de desenvolvimento autoritário e excludente do Brasil. Enquanto a vingança ocupar o lugar da justiça e a criminalização da pobreza preencher cotidianamente a agenda punitivista, a história das penas será muito mais severa do que a história dos crimes. Deve-se romper com a crença de que somente se faz justiça com a condenação e nunca com a absolvição. Em uma sociedade construída sob o discurso do ódio e da repressão, entre o cinismo dos liberais e a tirania dos conservadores, a grandeza de um Estado não é estimada pela soberba da sua acusação ou pela (im)parcialidade de seu julgamento. A magnitude de um Estado Democrático de Direito se funda no direito fundamental de defesa das pessoas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio França Adorno de. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção estado de sítio).

AGUIAR, Christopher Rezende G. *O habeas corpus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 105, v. 404, p. 562-572, jul./ago. 2009.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. A situação da justiça penal no Brasil do século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 47-78, jan./dez. 2007.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações filipinas: livros IV e V*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ALMEIDA, Eneá de Stutz e. *Ecos da Casa de Montezuma: o Instituto dos Advogados Brasileiros e o pensamento jurídico nacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959. vol. I.

ALMEIDA, Manuel Antônio de. *Memórias de um sargento de milícias*. 31. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001.

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado absolutista*. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 2004.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2008. (Coleção pensamento criminológico, 15).

ANTONIL, André João. *Cultura e opulência do Brasil por suas drogas e minas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2011.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. In: GLEDSON, John. (Introd. e notas). *Bons dias!/Machado de Assis*. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2008. p. 109-111.

_____. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 23. ed. São Paulo: Ática, 1997.

AYMARD, André; AYBOYER, Jeannine. *Roma e seu império: o Ocidente e a formação da unidade mediterrânea*. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1993. (Coleção história geral das civilizações, III).

AZEVEDO, Aluísio. *O cortiço*. 31. ed. São Paulo: Editora Ática, 1997. (Série bom livro).

AZEVEDO, Elciene. *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2010.

AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. *Estado de exceção, Estado penal e paradigma governamental da emergência*. 2013. 222 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 381-408, jan./dez. 2008.

_____. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – comentários aos arts. 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 205-297.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2002. (Coleção pensamento criminológico, 1).

_____. Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias. Tradução de André Giambardino. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 53, p. 7-27, 2011.

BARRETTO, Vicente; PAIM, Antonio. *Evolução do pensamento político brasileiro*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1989. (Coleção reconquista do Brasil. 2. série; v. 150).

BASBAUM, Leôncio. *História sincera da República: das origens até 1889*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1986.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2002. (Coleção pensamento criminológico, 5).

_____. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 147-158. (Homenagem a Alessandro Baratta, 1).

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Freitas Bastos, 1998. (Coleção pensamento criminológico, 2).

BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. Joaquim Nabuco e os abolicionistas britânicos (Correspondência, 1880-1905). *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 23, n. 65, p. 207-229, jan./abr. 2009.

_____. O imperialismo britânico e a Guerra do Paraguai. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 24, p. 269-285, maio/ago. 1995.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir?* Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOSI, Alfredo. Formações ideológicas na cultura brasileira. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, p. 275-293, set./dez. 1995.

_____. *Ideologia e contraideologia: temas e variações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Lei de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 448-502.

BOTTOMORE, Tom et. al. Luta de classes. In: BOTTOMORE, Tom. (Ed.). *Luta de classes. Dicionário do pensamento marxista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2012. p. 329-330.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. (Orgs.). *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 5-227.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. *Presidência da República*, Brasília, 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Presidência da República*, Brasília, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Presidência da República*, Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a Lei de Execução Penal. *Presidência da República*, Brasília, 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada

pelo juiz que proferir sentença condenatória. *Presidência da República*, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 256.550/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 445.942/RS. Rel. Min. Gilson Dipp. *Diário da Justiça*, Brasília, 25 ago. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 802.435/PE. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 944.884/RS, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 03 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 341, de 27 de junho de 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, 13 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça*, Brasília, 1º set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 100.574/MG. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 102.668/PA. Rel. Min. Dias Toffoli. *Diário de Justiça*, Brasília, 31 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107.644/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça*, Brasília, 17 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 691, de 24 de setembro de 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 9 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 716, de 24 de setembro de 2003. *Diário de Justiça*, Brasília, 9 out. 2003.

BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

BUENO, José Antônio Pimenta. In: MARQUES, José Frederico. (Org.). *Apontamentos sobre (sic) o processo criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2000.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. (Coleção biblioteca básica brasileira).

CANDIDO, Antonio. *O discurso e a cidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2010.

CÂNDIDO, Tyrone. Fazendo justiça - E. P. Thompson, o crime e o direito. *Mneme – Revista de Humanidades*, Rio Grande do Norte, v. 2, n. 4, p. 62-71, jun./jul. 2001.

CARONE, Edgard. *A República Velha: instituições e classes sociais (1889-1930)*. 4. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Difel, 1978.

CARPENTIERI, José Rafael. *História crítica do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

_____. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

_____. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Pontos e bordados - escritos de história e política, federalismo e centralização no Império brasileiro: história e argumento*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Impunidade no Brasil – Colônia e Império. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 181-194, maio/ago. 2004.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Hamilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Tântalo no divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 12, n. 50, p. 91-118, set./out. 2004.

CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. *Machado de Assis: historiador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. Prefácio. In: AZEVEDO, Elciene. *Orfeu de carapinha: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999. p. 15-17.

_____. *Trabalho, lar e botequim: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da belle époque*. 3 ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2012.

_____. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1997. (Coleção primeiros passos, 13).

CHEMERINSKY, Erwin. The Constitution and punishment. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 56, n. 5, p. 1.049-1.080, apr. 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. Prefácio. In: CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. XI-XXII. (Coleção história constitucional brasileira).

CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão carcerário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

CORRÊA, Maurício. O Ministério da Justiça na defesa da cidadania. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 46, n. 182, p. 17-26, jul./dez. 1993.

COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*. 8. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

_____. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1999.

COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: RI JÚNIOR, Arno Dal; SONTAG, Ricardo. (Orgs.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011. p. 33-85.

CRUZ, Gisele dos Reis; JESUS FILHO, Jerônimo Marques de. Fascismos, modernidade e “pós-modernidade”. A tentação conservadora. In: CRUZ, Natalia dos Reis. (Org.). *Ideias e práticas fascistas no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 21-44.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

CUNHA, Djason B. Della. Política criminal e direitos humanos: agravamento e alternativas penais. In: LEAL, César Barros. (Org.). *Prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça*. Fortaleza: C. B. Leal, 2006. p. 159-174.

CUNHA, Euclides da. *Os sertões: campanha de Canudos*. 39. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora; Publifolha, 2000.

CUNHA, Helvécio Damis de Oliveira. Aspectos fundamentais do *habeas corpus* e a sua aplicabilidade na jurisdição estatal brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 97, v. 869, p. 488-510, mar. 2008.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. Política indigenista no século XIX. In: _____. (Org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura; Fapesp, 1992. p. 133-154.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Recrudescimento a caminho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 84, p. 209-225, maio/jun. 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira. Medidas cautelares pessoais: primeiras reflexões. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 18, n. 223, p. 15-16, jun. 2011.

DOBB, Maurice Herbert. *A evolução do capitalismo*. Tradução de Manuel do Rêgo Braga. Revisão de Antonio Moreno Guimarães Filho e Sérgio Goes de Paula. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DOTTI, René Ariel. Aspectos da pena criminal. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 12, p. 157-162, jul./98 a dez. 99.

ECO, Umberto. Contracapa. In: _____. *Construir o inimigo e outros escritos ocasionais*. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2011.

EM cinco anos, PM de São Paulo mata mais que todas as polícias dos EUA. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 24 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13905-Em-cinco-anos,-PM-de-Sao-Paulo-mata-mais-que-todas-as-policias-dos-EUA>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 3. ed. Tradução de Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

_____. Prefácio. In: MARX, Karl Heinrich. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 9-31. (Coleção Marx-Engels).

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas, SP: Bookseller, 2000. v. III.

ESTEFAM, André. A nova teoria brasileira do *habeas corpus*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 101, vol. 921, p. 445-468, jul. 2012.

FAORO, Raymundo. A questão nacional: a modernização. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 6, n. 14, p. 7-22, jan./abr. 1992.

_____. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v. II.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

_____. *Trabalho urbano e conflito social (1890-1920)*. Rio de Janeiro: Difusão Europeia do Livro, 1977.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chouckr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. El populismo penal en la sociedad del miedo. Traducción de Andrea Catoira y Alessia Barbieri. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 57-76.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Traducción de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. (Colección estructuras y procesos; serie derecho).

FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FISCHER, Brodwyn. Direitos por lei ou leis por direito? Pobreza e ambigüidade legal no Estado Novo. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil: ensaios de história social*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2006. p. 417-456.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial, 1808-1871*. Control social y estabilidad política en el nuevo Estado. Tradução de Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FONSECA, Luís Anselmo da. *A escravidão, o clero e o abolicionismo*. Edição fac-similar de 1887. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 1988.

FOUCAULT, Michel. As malhas do poder. In: MOTTA, Manoel Barros. (Org.). *Segurança, penalidade, prisão*. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 168-188. (Coleção ditos & escritos: VIII).

_____. Sobre a prisão. In: MACHADO, Roberto. (Org.). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1995. p. 129-143.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 22. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

FRAGA, Myriam. *Luiz Gama*. São Paulo: Instituto Callis, 2005. (Coleção A luta de cada um).

FREITAS, Décio. *Escravos e senhores de escravos*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1983. (Série Novas Perspectivas 4).

FREITAS, Gustavo Gomes de; DOWBOR, Monica; AMORIM, Ricardo L. C. A desigualdade no Brasil: o que dizem os dados? In: BARBOSA, Alexandre de Freitas. (Org.). *Brasil real: a desigualdade para além dos indicadores*. São Paulo: Outras Expressões, 2012. p. 49-137.

_____. A desigualdade no Brasil: o que dizem os dados? In: BARBOSA, Alexandre de Freitas. (Org.). *Brasil real: a desigualdade para além dos indicadores*. São Paulo: Outras Expressões, 2012. p. 139-144.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

FRENCH, John D. Proclamando leis, metendo o pau e lutando por direitos: a questão social como caso de polícia, 1920-1964. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil: ensaios de história social*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2006. p. 379-416.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção elementos do direito; v. 8).

FURMANN, Ivan. Marxismo e a crítica do direito penal. *Ciência jurídica*, Ribeirão das Neves – Minas Gerais, ano XXVI, n. 164, p. 209-243, mar./abr. 2012.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. A reforma judiciária de 1871. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes. (Coords.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: (de 1850 a 1930)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.149-168. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

_____. O Judiciário no crepúsculo do Império (1871-1889). In: LOPES, José Reinaldo de Lima. (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império: (1828-1889)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105-289. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

GLEDSON, John. *Machado de Assis: ficção e história*. Tradução de Sônia Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. A “menor elegibilidade” da prisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, vol. 920, p. 207-212, jun. 2012.

_____. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: _____; MARQUES, Ivan Luís. (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 22-95.

GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. 4. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

GOULART, José Alípio. *Da palmatória ao patíbulo: castigos de escravos no Brasil*. Rio de Janeiro: Conquista, 1971.

GRACIANO, Mariângela; HADDAD, Sérgio. A educação no sistema prisional. In: MERLINO, Tatiana; MENDONÇA, Maria Luisa. (Orgs.). *Direitos humanos no Brasil 2010: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2010. p. 153-155.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 184, p. 55-65, out./dez. 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era do capital*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

HUGO, Victor-Marie. *O último dia de um condenado*. Tradução de Joana Canêdo. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

IANNI, Octavio. *Escravidão e racismo*. São Paulo: Editora Hucitec, 1978.

IGLÉSIAS, Francisco. *Trajatória política do Brasil: 1500-1964*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JANCSÓ, István. *Na Bahia, contra o Império: história do ensaio de sedição de 1798*. 2. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2010.

KAFKA, Franz. *O veredicto e Na colônia penal*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KANTOROWITZ, Ernst Hartwig. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*. A. I, n. 1 (jan./jun. 1996). Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996. p. 79-92.

KOERNER, Andrei. Decisão judicial, instituições e estrutura socioeconômica: por uma análise política do pensamento jurídico brasileiro. In: _____. (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 259-281. (Monografias; 40).

_____. *Habeas-corporis, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

_____. *Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

KOSÍK, Karel. *Dialética do concreto*. Tradução de Célia Neves e Alderico Toríbio. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

KOVAL, Boris. *História do proletariado brasileiro: 1857 a 1967*. Tradução de Clarice Lima Avierina. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1982. (Coleção Esta América).

KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879*. Campinas, SP: Papyrus, 1988.

LARA, Silvia Hunold. Para além do cativo: legislação e tradições jurídicas sobre a liberdade no Brasil escravista. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. (Orgs.). *História do direito em perspectiva*. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 315-329.

_____. Senhores da régia jurisdição: o particular e o público na Vila de São Salvador dos Campos dos Goitacases na segunda metade do século XVIII. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. (Orgs.). *Direitos e justiças no Brasil: ensaios de história social*. Campinas, SP: Unicamp, 2006. p. 59-99.

LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Víctor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e realismo: desafio constante de realização das utopias. In: TORRES, Heleno Taveira. (Org.). *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos - Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 111-147.

_____. Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e juízes na formação do Estado brasileiro. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, Ano 3, n. 6, p. 172-198, jul./dez. 1995.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LINS, Ivan Monteiro de Barros. *História do positivismo no Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2009. (Edições do Senado Federal; v. 48).

LONDON. KING'S COLLEGE, INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Justiça criminal*. Set./2010. Disponível em: <<http://cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

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

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2008.

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Tradução de Giovanni Semeraro. Aparecida, SP: Ideias & letras, 2006.

_____. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004. (Pensamento crítico; v. 2).

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incendio – Una lectura de las tesis “Sobre el concepto de historia”*. Traducción de Horacio Pons. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2012.

LUCRO do Bradesco sobe 5,5% em 2013 e bate recorde, com R\$ 12 bilhões. *Uol*, São Paulo, 02 fev. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/01/30/lucro-do-bradesco.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

LUCRO do Itaú em 2013 atinge R\$ 15,7 bi e é o maior da história dos bancos. *Uol*, São Paulo, 03 fev. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/04/lucro-do-itaú-em-2013-atinge-r-157-bi-e-e-o-maior-da-historia-dos-bancos.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

LUCRO do Itaú no 1º semestre é maior que a economia de 33 países. *Uol*, São Paulo, 03 fev. 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/07/30/lucro-do-itaú-no-1-semester-e-maior-que-o-pib-de-32-paises.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACKENZIE, Doris Layton. *What works in corrections: reducing the criminal activities of offenders and delinquents*. New York: Cambridge University Press, 2006.

MALAN, Diogo Rudge. Efetividade da garantia do *habeas corpus*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 103, v. 390, p. 57-73, mar./abr. 2007.

_____. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 14, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio jurídico, histórico, social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1976. v. I.

MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. IV.

MARSHALL, Thomas Humprhey. Ciudadanía y clase social. In: _____; BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Versión de Pepa Linares. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 15-82.

MARTINS, Luciano. A “liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O’DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. (Orgs.). *Transições do regime autoritário: América Latina*. Tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazarte. São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 108-139. (Biblioteca Vértice. Sociologia e política; v. 20).

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. In: COGGIOLA, Osvaldo. (Org. e introd.). *Manifesto comunista*. Tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Reginaldo Sant’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. livro I. v. I.

_____. *O 18 Brumário e Cartas a Kugelmann*. Tradução revista por Leandro Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTOS, Hebe Maria. *Das cores do silêncio: os significados da liberdade no sudeste escravista, Brasil Século XIX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

_____. *Escravidão e cidadania no Brasil monárquico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

MATTOS, Hebe Maria. Prefácio. In: COOPER, Frederick; HOLT, Thomas C.; SCOTT, Rebecca J. *Além da escravidão: investigações sobre raça, trabalho e cidadania em sociedades*

pós-emancipação. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 13-38.

MATTOSO, Kátia Maria de Queirós. *Ser escravo no Brasil*. Tradução de James Amado. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil, 1930-1945*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MEIRA, José Boanerges. *Habeas Corpus*. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, a. XVIII, n. 119, p. 265-303, set./out. 2004.

MELOSSI, Dario. A gênese da instituição carcerária moderna na Europa. In: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006. p. 29-147. (Coleção pensamento criminológico, 11).

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil: contribuição ao estudo da formação brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks; Universidade Editora, 2003.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema integrado de informações penitenciárias – InfoPen: Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRNN.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2003. t. I.

MORAES, Maurício Zanoide de. Política criminal, constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 403-430, jan./dez. 2006.

MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MUNIZ, Veyzon Campos. O caso Olga Benário Prestes: um estudo crítico sobre o *habeas corpus* nº 26.155/1936. *Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 36-60, jan./jun. 2011.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. II.

_____. *O abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000.

NAGLE, Jorge. *Educação e sociedade na Primeira República*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2. ed. Niterói, RJ: Editora da UFF, 2012.

NO Brasil, 70% dos ex-presidiários voltam ao crime. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 set. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-06/70-presidiarios-voltam-mundo-crime-ganharem-liberdade>>. Acesso em: 6 set. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas corpus: águia dos instrumentos constitucionais*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 101, v. 924, p. 27-35, out. 2012.

_____. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. Introdução aos casos latino-americanos. In: _____; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. (Orgs.). *Transições do regime autoritário: América Latina*. Tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazarte. São Paulo: Vértice; Editora Revista dos Tribunais, 1988. p. 17-36. (Biblioteca Vértice. Sociologia e política; v. 20).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O processo penal como dialética da incerteza. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 67-75, jul./set. 2009.

OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo, SP: Boitempo, 2013.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PANG, Eul-Soo; SECKINGER, Ron L. The mandarins of imperial Brazil. *Comparative studies in society and history*. London: Cambridge University Press, v. 14, n. 2, p. 215-244, march 1972.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. A liminar no mandado de segurança e *habeas corpus*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 94, v. 832, p. 427-437, fev. 2005.

PATTERSON, Orlando. *Escravidão e morte social: um estudo comparativo*. Tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

PATTO, Maria Helena Souza. Estado, ciência e política na Primeira República: a desqualificação dos pobres. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 13, n. 35, p. 167-198, jan./abr. 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro*. Das origens lusas à escola crítica do processo. São Paulo: Manole, 2002.

PESQUISA vai medir reincidência no crime. *Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, 4 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13447-pesquisa-vai-medir-reincidencia-no-crime>>. Acesso em: 4 mar. 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru, SP: Jalovi, 1983.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Introdução: o Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; _____. (Orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina*. Tradução de Ana Luiza Pinheiro e Otacilio Nunes. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 11-29.

PINSKY, Jaime. *A escravidão no Brasil*. 19. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000.

_____. *História econômica do Brasil*. 42. ed. São Paulo: Brasiliense.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. *O mandonismo local na vida política brasileira*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros, 1969.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RIOS, Ana Maria Lugão; MATTOS, Hebe Maria. *Memórias do cativo: família, trabalho e cidadania no pós-abolição*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 82, p. 24-47, jan./fev. 2010.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2004. (Coleção pensamento criminológico, 3).

SÁ, Alvinho Augusto de. Criminologia clínica, ideologia do inimigo e controle punitivo no sistema carcerário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 101, vol. 924, p. 298-364, out. 2012.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão de Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins, 6).

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo - SP, a. 18, n. 86, p. 289-335, set./out. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. (Orgs.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania – NEDIC, 1999. p. 83-129. (Coleção Zero à Esquerda).

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 14, n. 58, p. 289-298, jan./fev. 2006.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político/Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Espetáculo da miscigenação. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 8, n. 20, p. 137-152, jan./abr. 1994.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751*. Tradução de Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000.

_____. *Um mestre na periferia do capitalismo: Machado de Assis*. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2000.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SEVARES, Julio. *El capitalismo criminal: gobiernos, bancos y empresas en las redes del delito global*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2003. (Colección biografías y documentos).

SEVERINO, Antônio Joaquim. Prefácio. In: JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade*

científica. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1981.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal. A experiência brasileira. In: _____; SÁ, Alvaro Augusto de. (Orgs.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 321-334.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Polícia, crime e processo criminal. A administração da justiça na Primeira República (1889-1930). In: BUENO, Roberto. (Org.). *Os limites da liberdade: estudos jurídicos e sociológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 101-141.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 77, p. 75-83, jan./mar. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.

THOMPSON, Augusto F. G. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

THOMPSON, Edward Palmer. Modos de dominação e Revolução na Inglaterra. In: NEGRO, Antonio Luigi; SILVA, Sergio. (Orgs.). *As peculiaridades dos ingleses e outros artigos/Edward Palmer Thompson*. Tradução de Fernando Teixeira da Silva. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2012. p. 203-225.

_____. *Los orígenes de la ley negra: um episodio de la historia criminal inglesa*. Traducción de Teresa Beatriz Arijón. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

TORRES, Sergio Gabriel. Características y consecuencias del derecho penal de emergencia. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 77-178.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2003. (Coleção pensamento criminológico, 6).

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 439-461.

_____; WEHLING, Maria José Mesquita Cavalleiro de Macedo. *Direito e justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

WORLD Report 2014: Brazil. *Human Rights Watch*, New York, 24 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.hrw.org/americas/brazil>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Las “clases peligrosas”: el fracaso de un discurso policial prepositivista. *Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis*, Ano XXV, vol. 25, n. 51, p. 141-168, dez. 2005.

_____. *La cuestión criminal*. 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção pensamento criminológico, 14).

ZALUAR, Alba. Juventude violenta: processos, retrocessos e novos percursos. *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 2, p. 327-365, 2012.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, n. 85, p. 447-494, jul./ago. 2010.