

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS

FERNANDA BESTETTI DE VASCONCELLOS

**A PRISÃO PREVENTIVA COMO MECANISMO DE CONTROLE E
LEGITIMAÇÃO DO CAMPO JURÍDICO**

Porto Alegre

2008

FERNANDA BESTETTI DE VASCONCELLOS

**A PRISÃO PREVENTIVA COMO MECANISMO DE CONTROLE E
LEGITIMAÇÃO DO CAMPO JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Porto Alegre

2008

FERNANDA BESTETTI DE VASCONCELLOS

**A PRISÃO PREVENTIVA COMO MECANISMO DE CONTROLE E
LEGITIMAÇÃO DO CAMPO JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em _____, de _____, de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sergio França Adorno de Abreu – USP

Prof. Dr. Luiz Antônio Bogo Chies – UCPel

Prof. Dr. Emil Albert Sobottka – PUCRS

Para Rodrigo, meu amor, que me inspirou, amparou, dividiu seu tempo, multiplicou sua paciência, que me deu (e dá) tudo de si para me ajudar a me tornar eu mesma.

AGRADECIMENTOS

Agradecer o apoio, a companhia, a paciência e os incentivos recebidos durante o processo de produzir esta dissertação me parece uma tarefa árdua. Não pela dificuldade em citar nomes ou mesmo dizer “obrigada pessoal”, mas pelo fato de não encontrar expressões que possam explicitar minha enorme gratidão.

Aos meus pais, Eduardo e Maria do Carmo, agradeço pelo apoio e pelo esforço em tentar compreender tantas vezes minhas escolhas. À dona Olinda, minha avó amada, agradeço pelo cuidado, pelo carinho e peço desculpas pelo tempo em que estive “sumida”, perdida no meio de acórdãos que pareciam intermináveis.

À querida Vera Melo agradeço pela dedicação, pela competência, pela motivação. Nosso trabalho é árduo, às vezes duro, mas sem ele acredito que dificilmente teria chegado até aqui.

Ao Tupi agradeço a atenção, os empréstimos de livros, as explicações, o carinho. À minha amada Bi, agradeço pelas risadas, pelas brincadeiras que me faziam sentir mais leve depois de um dia inteiro de trabalho, pela amizade, pela confiança.

Ao meu orientador Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, agradeço pelos conselhos, pela paciência, pelo conhecimento que compartilhou durante a realização da pesquisa.

Ao meu amado Rodri pelo amor, pela companhia, pelos puxões de orelha e por tornar cada dia da minha vida maravilhoso e cada momento único. Teu apoio me fortalece, teus questionamentos me impulsionam, teu carinho e confiança me confortam. Obrigada por tudo, meu amor!

Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. [...] o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.

Michel Foucault, A Ordem do
Discurso.

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo a análise sociológica de discursos contidos em acórdãos judiciais provenientes das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, referentes a julgamentos de pedidos de habeas corpus para réus que cumpriam medida de prisão preventiva, nos anos de 2005 e 2006. Para tanto, inicia-se com um apanhado teórico sobre os mecanismos de controle social, o desenvolvimento do Estado Moderno, em seus momentos de ascensão e crise, bem como das transformações ocorridas nas relações sociais, desde sua implementação até o período atual, marcado pelos processos de globalização. Apresentam-se ainda as principais contribuições de teorias sociológicas e políticas clássicas e contemporâneas para a construção da sociologia do direito, sendo abordadas especificamente a função e a utilização do direito para manutenção da ordem social. São utilizados os conceitos de Niklas Luhmann sobre o funcionamento do sistema jurídico, e o instrumental teórico construído por Pierre Bourdieu para a análise do campo jurídico, com vistas à realização da análise do material empírico coletado, e ainda são trazidas informações históricas, legais e jurisprudenciais sobre a modalidade de prisão preventiva no Brasil. Finalmente, são apresentados os dados quantitativos obtidos através da análise de todos os acórdãos produzidos pelas Câmaras Criminais do TJ/RS no julgamento de pedidos de habeas corpus para prisão preventiva na comarca de Porto Alegre e, paralelamente, é realizada uma análise qualitativa dos discursos contidos nestes mesmos acórdãos. Conclui-se que as diferenças encontradas nas decisões das várias Câmaras Criminais permitem perceber a disputa no interior do campo jurídico entre os defensores de uma concepção pautada pelos princípios penais garantidores dos direitos do acusado e os que pautam suas decisões pela adesão à demanda social punitiva.

Palavras-chave: “controle social”, “punição”, “separação social”, “campo jurídico”, “prisão preventiva”, “defesa social”.

ABSTRACT

This thesis aims at a sociological analysis of speeches contained in court rulings from the Criminal Chambers of the Court of the state of Rio Grande do Sul, for trials of applications for habeas corpus for defendants who meet preventive detention measure, in years 2005 and 2006. To that end, starts with a theoretical overview of the mechanisms of social control, the development of the modern state, in their moments of crisis and rising, and the changes in social relations, since its implementation until the current period, marked by processes of globalization. They are still the major contributions of sociological theories and policies classical and contemporary for the construction of the sociology of law, and specifically addressed the function and use of the right to maintenance of social order. They used the concepts of Niklas Luhmann on the functioning of the legal system, and the instrumental theory built by Pierre Bourdieu for the analysis of the legal field, with a view to achieving the empirical analysis of the material collected, and still are brought historical information, statutory and case law on the type of temporary custody in Brazil. Finally, the data obtained through quantitative analysis of all judgments produced by the Chambers of Criminal TJ / RS in the trial of applications for habeas corpus for temporary custody in the district of Porto Alegre and in parallel, we performed a qualitative analysis of speeches contained in those judgments. We conclude that the differences found in the decisions of the various chambers Criminal allow understand the dispute within the judicial field between the advocates of a design guided by the principles criminal guarantors of the rights of the accused and those who guide its decisions by joining the social demand punitive.

Key words: "social control", "punishment", "social separation", "legal field", "preventive detention", "social protection".

LISTA DE QUADROS E TABELAS

Quadro 1 – <i>Mudanças dos modelos e estrutura organizacional no sistema penal moderno</i>	50
Quadro 2 – <i>Variação dos números do sistema penitenciário brasileiro entre 2005 e 2006</i>	58
Tabela 1 - <i>Variação do número de presos, entre 2006 e 2007, de acordo com tipo penal</i>	131
Tabela 2 - <i>Distribuição do Total de Habeas Corpus entre Câmaras Criminais</i>	142

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Câmara Criminal	143
Gráfico 2 – Tipos de Delito	143
Gráfico 3 – Concessão de Habeas Corpus por Câmara Criminal	146
Gráfico 4 – Antecedentes do Réu	147
Gráfico 5 – Justificativa usada pelo Impetrante do Pedido de Habeas Corpus	150
Gráfico 6 – Concessão de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Inexistência de Requisitos para a Manutenção da Prisão Preventiva por Câmara Criminal	151
Gráfico 7 - Concessão de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Constrangimento Ilegal por excesso de Prazo para a formação da culpa por Câmara Criminal	151
Gráfico 8 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública pelo Clamor Social por Câmara Criminal	158
Gráfico 9 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública pelo Clamor Social por Delito Possivelmente Praticado	159
Gráfico 10 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Tranquilidade Social por Câmara Criminal	160
Gráfico 11 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Tranquilidade Social por Delito Possivelmente Praticado	161
Gráfico 12 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Credibilidade da Justiça por Câmara Criminal	162
Gráfico 13 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Credibilidade da Justiça por Delito Possivelmente Praticado	163
Gráfico 14 – Ideologias Possivelmente Seguidas pelas Câmaras Criminais do TJ/RS	167

SUMÁRIO

Introdução.....	12
1 Controle e Discriminação Social na Sociedade Moderna	23
1.1 A Sociedade Civil e o controle das ações humanas	23
1.2 Ação Social e Desvio	26
1.3 Desenvolvimento e Crises do Estado Moderno	30
1.4 Crime ou Desvio sob a Ótica da Criminologia	35
1.5 Economia, Consumo, Desvio e Castigo	38
1.6 A Globalização e a Transformação das Relações Sociais.....	48
1.7 O Encarceramento e a Exclusão Social	55
2 A sociologia do campo jurídico: o papel e a atuação dos operadores do direito.....	62
2.1 O nascimento e a função do direito na sociedade segundo a teoria política e sociológica.....	62
2.2 A teoria sistêmica de Niklas Luhmann.....	76
2.3 Pierre Bourdieu e a análise do funcionamento e reprodução do campo jurídico.....	82
2.4 O caso brasileiro	90
2.5 O campo jurídico no Rio Grande do Sul	97
3 Prisão Preventiva no Brasil: História, Previsões Legais e Jurisprudência	103
3.1 Breve Histórico das Medidas de Prisão Cautelar no Brasil.....	103
3.2 A Prisão Preventiva no Processo Penal Brasileiro	111
3.3 Prisão Provisória e Desigualdade Jurídica	118
3.4 Problemas acerca da cautelaridade da medida de prisão preventiva.....	126
4 A prisão preventiva no sistema judiciário do Rio Grande do Sul nos anos de 2005 e 2006: análise do discurso utilizado pelas oito câmaras criminais do TJ/RS nos julgamentos de pedidos de habeas corpus na comarca de Porto Alegre.....	129
4.1 Os dados oficiais: dificuldade para encontrar um diagnóstico preciso.	129
4.2. A análise dos discursos utilizados pelas câmaras criminais do TJ/RS: diversidade argumentativa e ideológica.....	133
4.3. A elasticidade da norma e a subjetividade jurisdicional: a utilização de justificativas voltadas para a legitimação social	157
Conclusões	164
Referências.....	170

Introdução

Para Bauman (2001), o período de modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida, quando podem ser teorizados em categorias distintas e observados como independentes entre si, deixando de ser, como na época pré-moderna, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis na prática diária dos indivíduos. O autor observa a modernidade como um fenômeno líquido pela rapidez com que ocorrem as mudanças nas estruturas sociais; verifica que o que é líquido, diferentemente do que é sólido, modifica sua forma com facilidade e não se fixa no tempo e nem no espaço.

A desintegração da rede social, onde nasciam e eram efetivadas as ações coletivas, aparece como efeito colateral desta mudança. Qualquer rede social que seja densa e territorialmente estagnada deve ser eliminada no período líquido-moderno, já que não permite a fluidez, que deve ser característica de todas as relações sociais que ocorrem no período. O ser humano deixa de ser definido, segundo o autor, como um ser social, por seu lugar na sociedade, o que determinaria seu comportamento e suas ações.

A relevância social dos indivíduos pertencentes à sociedade líquido-moderna é medida a partir das suas condições de consumo. A divisão social é realizada em pólos cada vez mais distantes: um pólo, o dos consumidores, composto por aqueles que possuem condições para acompanhar as inovações tecnológicas, as novidades do mercado e, outro, o dos não-consumidores, composto pelos indivíduos que não possuem os pré-requisitos necessários para o acesso ao consumo, uma vez que não possuem condições financeiras para tanto. Assim, a sociedade de modernidade líquida valoriza o poder de consumo, e seus indivíduos deixam de ser reconhecidos por suas práticas sociais, por suas ações coletivas.

O Estado líquido-moderno, com poderes de intervenção econômica drasticamente reduzidos e sem condições de se responsabilizar pelo bem estar social, passa a ter como principal função a manutenção da lei e da ordem, sendo representado para alguns pela figura de mantenedor da segurança e para outros pela de ameaça, através da força das leis, cada vez mais punitivas (BAUMAN, 1999, p.111).

O encarceramento, sob vários graus de severidade e de rigor, é utilizado de forma crescente como modo de lidar com partes da população que não são facilmente assimiladas pelos mercados consumidores¹. A separação e confinamento espacial pretendem tirar da visão dos consumidores aqueles que não podem participar do jogo do mercado, dando aos primeiros a tão almejada sensação de segurança.

Bauman verifica a tendência da sociedade moderna em punir os indivíduos que não encontram espaço no mercado de trabalho e que são excluídos do sistema de consumo. Esses têm suas condutas sociais cada vez mais criminalizadas e são cada vez mais punidos com o encarceramento.

A criminalização de indivíduos não-consumidores, realizada pelo sistema penal, corresponde a uma nova mentalidade socialmente hegemônica sobre a resposta ao delito, que recebe a adesão de políticos e de operadores do sistema de justiça. O juiz, que deveria atuar durante o processo penal como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado, devendo ter condições de formar sua livre convicção, não poderia ser pressionado por fatores externos, devendo exercer suas funções de forma isenta, e não de acordo com a vontade da maioria. Ainda assim, a ação persistente dos meios de comunicação de massa, que dão vazão à demanda social por maior rigor penal e contra a impunidade, acaba, muitas vezes, por levar os magistrados a julgamentos baseados em argumentos vinculados à ideologia da defesa social, com um discurso fundamentador impregnado pela idéia de limpeza social, apoiado na separação maniqueísta entre criminosos e cidadãos de bem. Mesmo devendo ter como hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, muitos magistrados apresentam motivações para as decisões judiciais que variam de acordo com a classe social, e conseqüentemente com o poder de consumo, tanto do acusado, quanto da vítima, o que mostra que a neutralidade dos magistrados é um mito.

Durante a modernidade sólida, as classes perigosas eram aquelas formadas por indivíduos que se encontravam em uma situação temporária de desemprego, cuja exclusão do mercado de trabalho não seria definitiva. As novas classes perigosas são aquelas consideradas definitivamente fora do mercado, que não possuem chances de assimilação: são excessivas e redundantes. Cada vez mais,

¹ Disponível no site da *King's College London – International centre of studies* : <<http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/>>. Acesso em: janeiro de 2008.

ser pobre é visto como um crime e empobrecer como produto de predisposição ou intenção criminosa. Indivíduos pobres são redundantes para o mercado de consumo e considerados “fora do lugar”, “objetos impuros” da modernidade líquida.

Sánchez (2002) observa o crescimento do número de condutas criminalizadas pelas legislações penais, assim como o agravamento das já existentes. A expansão do direito penal aparece como uma solução superficial e de eficácia não comprovada para os problemas sociais, respondendo diretamente a demanda populacional por maior punição e proteção social.

A sensação social de insegurança é crescente, e dificilmente corresponde a situação de risco real: a atuação dos meios de comunicação é determinante para a formação e propagação da sensação de insegurança. Além disso, Sánchez ainda cita as instituições estatais de repressão à criminalidade como responsáveis pela disseminação da idéia do risco social. Porém, não acredita que o medo da criminalidade seja produzido por essas esferas: elas seriam responsáveis, na verdade, pelo reforço e estabilização dos medos já existentes.

Observando a influência das normas sociais, que orientam as condutas individuais para que se possa viver em sociedade e que nos permitem prever, de certa forma, a ação do outro, o autor percebe a ausência de uma ética social mínima. Assim, a sensação de angústia vivida pela imprevisibilidade da ação do outro se torna crescente em sociedades onde os critérios tradicionais de avaliação do que é ou não correto encontram-se em xeque.

Para Bauman, o acentuado crescimento da utilização do encarceramento como modo de punição deve-se ao fato de que importantes setores da população passaram a ser vistos como novas ameaças à ordem social. A expulsão desses indivíduos do meio social passa a ser vista como uma solução eficiente para neutralizar a “ameaça” que causam a ordem pública. Assim, as prisões cautelares acabam sendo colocadas na dinâmica da urgência, dando a ilusória resposta à opinião pública de que está ocorrendo uma espécie de justiça instantânea, fato que mascara a ineficiência do sistema judiciário para a garantia da ordem pública.

Quanto ao trabalho de investigação policial, verifica-se a baixa capacidade da produção de provas necessárias para a condenação dos acusados. De acordo com Adorno e Pasinato (2008), em pesquisa sociológica realizada pelo Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo (NEV/Cepid/USP), voltada a

responder questionamentos ligados à impunidade penal no município de São Paulo, partindo-se da hipótese de que a alta taxa de impunidade compromete a credibilidade das instituições encarregadas de aplicar a lei frente aos cidadãos, verificou a baixa disposição policial em investigar delitos de autoria desconhecida. Deste modo, pode-se observar que, na verdade, poucas ocorrências são transformadas em inquérito policial.

Segundo Adorno e Pasinato, o conhecimento da autoria do delito é o fator que orienta a conduta a ser seguida no fluxo do sistema de justiça: a investigação policial parece restringir seu raio de ação àquilo que os autores citam como sendo “estritos domínios ditados pela cultura organizacional, constituída, modelada e reproduzida, segundo a lógica de caçar bandidos” (ADORNO, PASINATO, 2008). Este movimento de ação restrita impossibilitaria o real enfrentamento tanto do crescimento das taxas de criminalidade, como também não permitiria lidar com as mudanças provocadas pela emergência do crime organizado e violação dos direitos humanos. A não-apuração de ocorrências policiais com autoria desconhecida contribuiria, segundo os autores, para a produção de elevadas taxas de impunidade penal.

Neste sentido, o processo penal, instaurado nos casos em que o autor de determinado delito fosse conhecido, passaria a ser utilizado como mecanismo de punição antecipada, e não mais como garantidor dos direitos do acusado frente ao poder punitivo do Estado. Além disso, a prisão imediata seria ainda utilizada como construtora de uma falsa noção de eficácia do aparelho repressor estatal.

O período de modernidade líquida pressupõe uma maior necessidade de repressão, com a finalidade de conter e/ou repreender a tensão das massas marginalizadas. A diferença percebida entre o período de crescimento e desenvolvimento do capitalismo e o momento atual está no fato de que, anteriormente, a classe operária era explorada no interior dos processos produtivos e, na modernidade líquida, as classes economicamente inferiores não chegam a ser exploradas, uma vez que são permanentemente excluídas do sistema produtivo e, logo, são socialmente marginalizadas.

Com o poder punitivo estatal crescentemente legitimado pela população, a atuação das instâncias de controle penal se torna cada vez mais repressiva e seletiva, escolhendo pelo perfil socioeconômico aqueles que deverão ser separados do restante.

A justiça penal brasileira se caracteriza por uma grande defasagem entre o plano formal e a realidade prática, o discurso jurídico-penal construído em torno da idéia dos direitos e garantias fundamentais e o exercício do poder punitivo encontram-se muito distantes, e verifica-se a usual reprodução da violência e das relações hierárquicas (AZEVEDO, R.; DIAS NETO, 2007, p.128). O Poder Judiciário, que deveria ser o garantidor dos direitos fundamentais do acusado durante o processo penal, acaba por tratar de maneira desigual indivíduos pertencentes a categorias sociais distintas, fugindo assim do seu princípio de legitimidade (princípio da igualdade²).

As medidas de prisão cautelar que, teoricamente, são justificadas para que seja garantida a normalidade no desenvolvimento do processo penal e para que haja eficácia na aplicação do direito penal são decretadas de forma crescente no Brasil como medida de controle social. Observa-se, através de dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)³, um considerável crescimento no número de prisões cautelares: no ano de 2003, os estabelecimentos carcerários no país possuíam 67.549 presos nessa situação; no ano de 2006, esse número saltou para 112.138.

O processo penal, que é o principal instrumento para a realização do direito penal, possui como funções garantir a viabilidade da aplicação da pena para aqueles que transgridem normas de conduta social, e, principalmente, servir como instrumento efetivo da garantia dos direitos e liberdades individuais, protegendo os indivíduos dos excessos provocados pelo Estado. Assim, o processo penal tem como objetivo servir de instrumento para limitar a atividade estatal, buscando garantir os direitos individuais que foram constitucionalmente previstos. (LOPES JR., 2005, p.37).

Para que o andamento do processo penal não seja prejudicado, as medidas cautelares são utilizadas de forma a garantir a tutela do processo. Para que sejam decretadas, é necessária a prova da existência do crime, assim como indícios

² A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas. In: **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

³ DEPEN – Sistema Penitenciário no Brasil: dados consolidados (Ministério da Justiça, 2007). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: fevereiro de 2008.

suficientes de autoria. Aqui não é exigido um juízo de certeza, mas de probabilidade razoável; frente ao alto custo da aplicação de uma medida cautelar, os magistrados devem fundamentar as suas decisões em bases positivas (legais) para tanto.

Encontra-se no Brasil um grande problema relacionado à aplicação das medidas cautelares que deveriam ser de curta duração e não aplicadas como uma pena antecipada. Observa-se a total indeterminação do tempo de cumprimento das medidas cautelares, excetuando-se a prisão temporária, que possui prazo máximo de duração previsto em lei⁴.

A prisão preventiva, modalidade cautelar na qual está centrada a pesquisa, pode ser decretada a partir do momento em que, assim como em todas as outras formas de prisão cautelar, haja a prova da existência de um crime e indícios suficientes de autoria. Pode ser expedida durante o inquérito policial ou durante a instrução criminal, para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal

A crescente sensação de insegurança da população, presente no período contemporâneo, acaba por pressionar o Estado a utilizar, de forma mais incisiva, mecanismos de controle punitivo. Então, o recolhimento cautelar preventivo de um suspeito à cela de uma delegacia ou a um presídio possui grande valor simbólico para a maior parte da população, significando que: 1) o suspeito é responsável pelo delito; 2) que o suspeito está sendo punido e 3) que a comunidade passa a ser um local mais seguro.

Através da análise de como se dá o funcionamento dos mecanismos de controle social característicos do período contemporâneo, a presente dissertação procura compreender em que medida o discurso jurídico dos desembargadores presente nos acórdãos do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul sobre pedido de habeas corpus para relaxamento da prisão preventiva permite identificar a presença de uma demanda punitiva crescente no interior do campo jurídico. Assim, objetiva-se, em primeiro lugar, estabelecer uma relação entre os padrões da utilização da prisão preventiva com o contexto mais amplo de mudanças nos mecanismos de controle.

⁴ A Lei 7.960/89 determina que a prisão temporária dure no máximo cinco dias, podendo ser prorrogada por igual período. Quando for decretada em caso de crime hediondo poderá durar trinta dias, também podendo ser prorrogada por igual período. In: **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Através da pesquisa empírica realizada, procura-se, paralelamente, verificar em quais fundamentos estão justificadas as medidas de prisão preventiva dos acusados, decretadas pelos operadores do direito, bem como observar se ocorrem diferenças que favoreçam ou não o acusado quando sua defesa é realizada por defensor público ou advogado constituído. Outro objetivo traçado foi o de analisar o tempo médio de cumprimento da medida de prisão preventiva, observando se o período acordado, firmado doutrinária e jurisprudencialmente, de prazo máximo de 81 dias para o rito ordinário (apuração dos crimes apenados com pena de reclusão), e 36 dias em algumas leis especiais, é respeitado.

As hipóteses elaboradas para orientar a pesquisa foram as seguintes: a) a utilização da medida de prisão preventiva, anterior à sentença condenatória e como meio de controle social, é utilizada com uma freqüência crescente pelos operadores do direito, sendo cada vez mais incorporada à normalidade do andamento dos processos criminais, fragilizando o princípio de presunção da inocência do acusado; b) o discurso jurídico penal baseado na preservação dos direitos e garantias fundamentais encontra-se distante das características estruturais do exercício do poder punitivo estatal; c) os operadores do direito (juízes) possuem motivações para as decisões judiciais de acordo com a classe social, estereótipo e raça do acusado, o que mostra que a neutralidade dos magistrados é um mito; d) a crescente sensação de insegurança da população, presente no período contemporâneo, pressiona o Estado a utilizar, de modo também crescente, mecanismos de controle punitivo; e) a criminalização como forma de exclusão de indivíduos pertencentes a classes sociais economicamente inferiores, realizada pelo sistema penal, corresponde a uma nova mentalidade sobre a resposta ao delito por parte de indivíduos de classes econômicas superiores (os consumidores) e pelos operadores do direito.

Segundo Treves (1988), a sociologia jurídica utiliza como objeto de análise documentos jurídicos e não-jurídicos. Os primeiros dizem respeito àqueles cujo conteúdo está previsto e legitimado pelo Direito, tais como as leis, sentenças judiciais, entre outros. O sociólogo, então, deverá realizar a análise documental tanto à luz das normas do Direito, quanto à luz do contexto social em que o fenômeno jurídico descrito nos documentos está inscrito.

Para o autor, a análise sociológica dos documentos jurídicos pode ser feita através de dois métodos distintos: qualitativo (chamado pelo autor de método clássico) ou quantitativo. No primeiro caso, os dados documentais são analisados a fim de que sejam percebidas as linhas essenciais, assim como os aspectos secundários do seu conteúdo. Já o método quantitativo, além de complementar o anterior, analisa os documentos decompondo-os em seus dados constitutivos para então classificá-los em categorias pré-estabelecidas, bem como calculá-los para identificar números e intensidades (TREVES, 1988, p. 148-149).

Assim, partindo-se das idéias de Treves, optou-se por trabalhar com os acórdãos judiciais com pedidos de habeas corpus referentes a processos criminais da comarca de Porto Alegre, disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵, com o objetivo de reunir e mapear dados encontrados nos mesmos. No universo selecionado para análise constam os documentos publicados durante o período de 24 meses, de janeiro de 2005 a dezembro de 2006, através dos quais se buscou atingir os objetivos da presente dissertação.

O habeas corpus representa uma ação autônoma que tem como objetivo impugnar ordens de prisão proferidas no âmbito da justiça criminal. É uma ação constitucionalmente garantida a todo o indivíduo, que busca fazer cessar a prisão que configura constrangimento ilegal do direito de ir e vir individual, bem como o encarceramento realizado com abuso de poder.

No que tange à sua finalidade, o habeas corpus pode ser liberatório ou preventivo: o primeiro tem como intuito a restituição da liberdade daquele indivíduo que se encontra encarcerado e, o segundo, pede a tutela antecipadamente para evitar que a prisão seja realizada. A ação pode ser impetrada por qualquer pessoa, mesmo não sendo representado por um advogado, inclusive em benefício próprio, tendo como justificativa a necessidade de proteção rápida e efetiva ao direito de liberdade. Não há necessidade de maiores formalidades na petição inicial do habeas corpus, mas esta deve ser necessariamente escrita, contendo o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer a violência ou coação (ou seja, o paciente do pedido); o nome do coator (responsável pelo ato de restrição de liberdade do paciente); as razões pelas quais a prisão representa um constrangimento ilegal; e a

⁵ Dados disponíveis em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: janeiro de 2008.

assinatura e endereço de quem impetra a ordem (impetrante). Depois de redigida a impetração, esta deve ser encaminhada, então, ao órgão judicial competente.

Os pedidos de habeas corpus que compõem o universo de pesquisa são equivalentes ao segundo recurso (recurso em sentido estrito⁶) possível à decisão de primeiro grau. Ele está previsto no artigo 581, X, do Código de Processo Penal, tanto para os casos de concessão quanto de denegação da ordem e se trata de um recurso de caráter voluntário, pedido pelo impetrante ou mesmo pelo paciente no caso de denegação (os quais formam o universo pesquisado), ou pelo Ministério Público ou pela autoridade coatora no caso de concessão.

Para que a pesquisa empírica fosse efetivada e os objetivos almejados fossem alcançados, foram realizadas quatro etapas, nas quais foi analisado o universo de acórdãos judiciais julgados, referentes à comarca de Porto Alegre, durante os anos de 2005 e 2006.

Na primeira parte da análise foram tabulados no programa Excel dados recolhidos nos acórdãos judiciais. Esta etapa foi necessária para a criação de categorias que possibilitassem a elaboração de um formulário, com o programa

⁶ Art. 581 - Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV - que pronunciar ou impronunciar o réu;

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

VI - que absolver o réu, nos casos do Art. 411;

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*;

XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;

XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;

XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;

XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;

XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;

XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;

XVII - que decidir sobre a unificação de penas;

XVIII - que decidir o incidente de falsidade;

XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;

XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;

XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do Art. 774;

XXII - que revogar a medida de segurança;

XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;

XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SPHINX. Após o preenchimento dos formulários, em uma terceira etapa, os dados recolhidos foram quantificados.

A partir dos resultados obtidos no processo de quantificação dos dados, passou-se a quarta etapa, na qual foi realizada a análise qualitativa dos dados resultantes. Aqui, ainda foram analisados os votos de cada desembargador participante do julgamento do acórdão, verificando quais suas justificativas para a aprovação ou não do pedido de liberdade provisória; foram também observados os argumentos utilizados pelo impetrante do pedido.

A presente dissertação está dividida em quatro capítulos. O primeiro deles trata do controle social na modernidade e busca demonstrar o nascimento e a evolução da lei penal e dos mecanismos de controle social desde o surgimento do Estado moderno até a atualidade, observando o desenvolvimento das importantes teorias desenvolvidas durante o século XX sobre o delito, bem como analisa a exclusão social decorrente dos processos de globalização, o aumento da demanda punitiva e da intolerância social. Neste capítulo versa-se sobre as práticas e as concepções punitivas no Estado moderno, sendo realizada uma contextualização das diferentes etapas do desenvolvimento do Estado moderno com as teorias criminológicas mais representativas de cada período. No final deste capítulo busca-se discutir o crescimento da desigualdade e exclusão social característicos do período atual e a crescente criminalização de condutas na modernidade recente.

No segundo capítulo apresentam-se as principais contribuições teóricas para a elaboração de uma sociologia do direito, no sentido de demonstrar qual a origem e função do direito como mecanismo para manutenção da ordem na sociedade moderna. Neste capítulo também se busca realizar um apanhado do instrumental teórico concebido por Pierre Bourdieu, o qual é utilizado na presente dissertação numa tentativa de dar conta do funcionamento, reprodução e formação das hierarquias no campo jurídico, através de seus conceitos de campo, habitus e capital. Ainda são trazidos alguns elementos da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, buscando-se, finalmente, realizar uma análise da aplicabilidade desse referencial teórico para a análise da realidade brasileira.

O terceiro capítulo faz uma breve análise sobre a criação e o desenvolvimento da utilização da medida cautelar de prisão preventiva no Brasil, demonstrando as modificações de suas previsões legais ao longo dos séculos no país em cada nova

constituição. Neste capítulo também é apresentada a legislação sobre as medidas de prisão cautelar, de modo a esclarecer em quais circunstâncias pode ser decretada, bem como quais são seus parâmetros legais e principiológicos. Neste capítulo ainda é analisada a jurisprudência no Brasil acerca da prisão provisória (a qual tem como tipos a prisão temporária e a preventiva), suas desvantagens e utilizações problemáticas, bem como dados que trazem à tona o número de indivíduos que cumprem a medida cautelar de prisão provisória no país.

O quarto capítulo traz a análise dos dados quantitativos recolhidos nos acórdãos judiciais observados de modo a demonstrar a realidade do universo pesquisado. Nesta parte da dissertação ainda consta a análise do discurso dos desembargadores das câmaras criminais responsáveis pelo julgamento dos pedidos de habeas corpus, contidos nos acórdãos judiciais.

No último capítulo estão, finalmente, colocadas as conclusões obtidas após a realização da pesquisa.

1 Controle e Discriminação Social na Sociedade Moderna

A compreensão de como se deu o desenvolvimento e as transformações dos mecanismos de controle social modernos tem sido uma preocupação constante no âmbito da teoria social, desde a obra dos clássicos da Sociologia, passando pelo conjunto de teorias que compõem a chamada Sociologia do Crime e do Controle Social. Procura-se, a seguir, apresentar as principais teorias sociológicas desenvolvidas no decorrer do século XX sobre o delito e o controle social, além de realizar uma análise acerca do processo de exclusão social contemporâneo, assim como do crescimento da demanda punitiva e da diminuição da tolerância social.

1.1 A Sociedade Civil e o controle das ações humanas

A idéia do contrato social, presente no pensamento iluminista, é a base na qual estão fundadas as obrigações políticas modernas do ocidente. Ele é a expressão da tensão entre regulação e emancipação social, produzida pelo embate entre a vontade individual e a vontade coletiva, entre o interesse particular e o bem comum. Como resultado deste embate, nasce o Estado nacional, a educação cívica e o direito.

Para Sousa Santos (2006), o contrato social moderno está assentado em critérios tanto de inclusão, como de exclusão. Ao fazer a opção de sair de seu estado natural para ingressar na sociedade civil, o indivíduo passa a ter de respeitar normas para regular a convivência social, que são válidas em toda a extensão do espaço público, restando a ele o espaço privado para realizar seus interesses pessoais.

O contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental. Os critérios de inclusão/ exclusão que ele estabelece vão ser o fundamento da legitimidade da contratualização das interações econômicas, políticas, sociais e culturais. A abrangência das possibilidades de contratualização tem como contrapartida uma separação radical entre incluídos e excluídos. Embora a contratualização assente numa lógica de inclusão/ exclusão, ela só se legitima pela possibilidade de os excluídos virem a ser incluídos. (SOUSA SANTOS, 2006, p. 318).

Com a regulação da convivência, a relação entre os indivíduos passa a ser permeada por expectativas ligadas ao comportamento do outro, dizendo respeito ao modo como se dará a ação ou reação do mesmo. Na ação social, podem ser verificadas regulações ligadas ao desenvolvimento das ações dos indivíduos, que possuem uma substancial possibilidade de previsão.

Deve-se considerar ainda que, a ação social, assim como as relações sociais, também pode seguir uma norma legítima como orientação, tendo ela um conteúdo de significação que orienta a ação, sendo válida quando servir de modelo de conduta a ser seguido ou de obrigação moral.

Em determinadas circunstâncias, certos tipos de comportamento vão de encontro à previsibilidade da ação humana, provocando frustrações sociais. No sentido de eliminar as frustrações, ou mesmo reduzi-las, nos casos em que são inevitáveis, são utilizadas sanções que expressam a reação social frente ao problema. As sanções visam manter a conformidade e reprimir a não-conformidade e sempre acompanham normas sociais. São reações do grupo frente ao comportamento de um indivíduo ou de um grupo com o objetivo de levá-los à sujeição a determinada regra, podendo ser expressas por segregação, isolamento ou perda de prestígio social. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.8-9).

As sanções podem ser de ordem formal ou informal, sendo verificada nas sociedades complexas a existência dos dois tipos. O controle formal é realizado pela autoridade do Estado e pressupõe um processo de institucionalização. Já o controle informal é realizado de modo mutável e espontâneo na dinâmica de pequenos grupos sociais e é próprio de sociedades pequenas e homogêneas.

A ordem social, formada pela reunião de normas, demonstra-se historicamente incapaz de garantir sozinha a convivência em sociedade. Assim, em dado momento, mostrou-se necessária a utilização de uma regulação das condutas humanas mais forte e precisa, o que resultou, posteriormente, na criação de uma ordem jurídica.

Nasce, assim, secundariamente, a norma jurídica que através da sanção jurídica se propõe, em determinado plano, a dirigir, desenvolver ou modificar a ordem social. O conjunto destas normas jurídicas constitui a ordem jurídica. O titular desta ordem jurídica é o Estado e o titular da ordem social, a sociedade. Tanto a ordem social como a jurídica se apresentam como um meio de repressão do indivíduo e, portanto, como um meio violento, encontrando justificativa somente enquanto necessário para possibilitar a convivência. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.10).

De acordo com Sabadell (2005), as normas jurídicas só podem ser dotadas de sentido e compreendidas quando inseridas em um determinado sistema social, assim como o direito deve ser considerado produto de interesses e necessidades sociais. Ele varia de acordo com a sociedade na qual está inscrito, mas sempre exerce um papel ativo e outro passivo dentro da realidade social.

Ele [o direito] atua como um fator determinante da realidade social e, ao mesmo tempo, como um elemento determinado por esta realidade. Dentro deste contexto identificam-se as pressões dos grupos de poder que podem induzir tanto para que se dê a elaboração de determinadas regras, bem como para que as regras em vigor não sejam cumpridas, levando a um processo de anomia generalizado. (SABADELL, 2005, p.95).

Assim, o direito é observado como um fenômeno dependente de outros fenômenos para sofrer transformações. Ele é dependente, portanto, de interesses sociais, que são dependentes das relações de dominação existentes em cada sociedade. Porém, o direito possui uma autonomia relativa, o que pode induzir mudanças sociais (que costumam ser parciais) (SABADELL, 2005, p.98-101).

Além do direito, a autora cita a existência de outros dois tipos de mecanismos de controle social: o poder e a burocracia. O primeiro é verificado a partir da possibilidade de um indivíduo ou instituição influenciar o comportamento de outrem, estabelecendo sempre uma relação de desigualdade entre aqueles que têm o poder de impor a sua vontade e aqueles que devem obedecê-la. Nas sociedades modernas, o poder adquire sua legitimidade através da legalidade, sendo considerado legítimo aquele que é detentor dos meios de coerção, exercendo o comando pautado em normas jurídicas. Assim, o Estado moderno tem seu poder legitimado não somente pela utilização da força, mas também pela formação de um consenso, e exerce-o por meio de aparelhos burocráticos que são organizados através de regras jurídicas (SABADELL, 2005, p.140-146).

No que tange à punição dos indivíduos que praticaram atos delitivos, essa possui um caráter retributivo e proporcional ao dano social causado, devendo ser orientada pela neutralidade judicial. Para a Escola Clássica⁷, a análise baseada na “pessoa do criminoso” não deveria ser considerada, já que esse não era considerado como uma anormalidade em relação aos demais indivíduos. Partia-se da premissa de que todos os homens que compõem a sociedade são iguais perante a Lei devido a sua racionalidade e, em função disso, atuariam responsabilmente. Logo, aquele que praticasse um delito violaria de forma livre e consciente a norma social penal, já que seria possuidor de livre arbítrio, estando a única diferença entre o criminoso e aquele que respeita as normas na realização do ato ilícito (ANDRADE, 1997, p.58).

O papel da punição estaria relacionado à idéia de prevenção geral ao delito, ou seja, a ameaça de punição funcionando como mecanismo de contenção das escolhas criminosas, não podendo, de maneira alguma, ter como finalidade a tortura e a aflição do indivíduo. A idéia de que os direitos individuais deveriam ser protegidos da arbitrariedade estatal proporciona, a partir da Escola Clássica, a racionalização do poder punitivo.

1.2 Ação Social e Desvio

Para Giddens (1998), desvio é o ato que não está em conformidade com um determinado conjunto de normas sociais, que é aceito e seguido pela maior parte dos indivíduos que compõem uma comunidade ou sociedade. O estudo do desvio e da delinqüência aponta, segundo o autor, para questões relacionadas com o poder social e para a influência das classes e grupos sociais sobre as ações dos seres humanos.

⁷Por Escola Clássica, costuma-se designar as teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII até meados do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Essa não constitui um bloco monolítico de concepções, caracterizando-se por uma grande variedade de tendências divergentes e em alguns aspectos opostos, que na época de seu maior predomínio combateram entre si, como as chamadas “teorias absolutas” da retribuição (Kant, Hegel, Carrara) e as chamadas “teorias relativas” da prevenção (Bentham, Feuerbach, Beccaria). In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica do Controle da Violência à Violência do Controle Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 45.

Giddens chama a atenção para o erro de observar o ato social desviante somente através de um viés negativo

Qualquer sociedade que reconheça que os seres humanos possuem diferentes valores e objectivos terá de encontrar espaço para os indivíduos ou grupos cujas condutas não se conformem com as regras seguidas pela maioria. Os que desenvolvem novas idéias, na política, na ciência, na arte ou noutros campos, são muitas vezes encarados com suspeita e hostilidade pelos que preferem trilhar caminhos mais ortodoxos. (GIDDENS, 1998, p.27).

Durante a primeira metade do século XX, predomina no âmbito da teoria social a perspectiva do consenso, sendo o controle social visto como possuidor da função de integração social, reagindo contra os comportamentos desviantes. Desta forma, o controle social seria relativo aos modelos culturais aprendidos pelo indivíduo e os mecanismos institucionais que recompensam e sancionam a conformidade (ou o desvio) em relação a esses modelos. Sob essa perspectiva, os pesquisadores voltaram seus interesses para a busca de explicações causais para o comportamento desviante, deixando de lado a preocupação em torno dos mecanismos políticos, culturais e sociais do exercício do poder.

Para Durkheim (1973), o crime é responsável pela concentração das consciências honestas, que, uma vez concentradas, têm uma reação coletiva de cólera pública. Quando a consciência coletiva é atingida pelo crime, a sociedade deve reagir para que a fonte de autoridade social não seja abalada. É no sentido de manter preservada a consciência coletiva que nasce o Estado.

De acordo com o autor, o crime corresponde sempre a uma punição institucionalmente assegurada, sendo sua definição plenamente compreendida pela pena a ele aplicada. A pena é tida por ele como uma reação passional em defesa da consciência coletiva e deveria ser diretamente proporcional ao crime cometido. Assim, Durkheim apresenta o Estado como defensor da consciência coletiva, como repressor de qualquer ofensa a ela, direta ou não. A pena passa a possuir uma forte utilidade social: ela não serve para intimidar ou corrigir os indivíduos que cometeram crimes, mas para manter a consciência coletiva, responsável pela coesão social (DURKHEIM, 1973, p. 346-358).

Parsons (1967), principal teórico estrutural-funcionalista, acredita que a ação social possui propriedades de um sistema, sendo necessária a identificação dos

seus elementos básicos, assim como das suas modalidades de ação. O autor identifica que, apesar de todos os motivos para a desorganização da ação individual ou coletiva, o sistema social subsiste: a ação humana continua a seguir determinadas regras, normas e modelos que formam a consciência coletiva (utilizando o conceito durkheimniano) ou superego (lançando mão da idéia de Freud). De acordo com as idéias de Freud (2006), o superego é formado desde a infância, quando os indivíduos formam um mecanismo de controle que vigia as emoções e guia a conduta individual de acordo com o que exige a sociedade na qual está inserido.

Em Durkheim, Parsons busca os modelos sociais nas estruturas da sociedade e, em Sigmund Freud, tenta encontrá-los com base na personalidade individual. Assim, Parsons observa que os modelos culturais têm natureza dupla: fazem parte, ao mesmo tempo, da consciência individual e do universo simbólico social.

Parsons observa que a motivação para o comportamento desviante começa a introduzir no sistema de interação social uma perturbação. Quando o componente alienativo predomina, levando o indivíduo ao desvio,

[...] o ego não consegue desvincular-se a alter e à pauta normativa que estabelece a tensão, e procura então defender-se negando as expectativas normativas de forma compulsiva, mesmo quando essa negativa implica para ego sérias sanções em suas relações sociais. Surge então o que Parsons denomina círculo vicioso da pauta de conduta desviada, que caracteriza tanto as enfermidades neuróticas, quanto psicossomáticas e a própria criminalidade. (PARSONS, 1966 apud AZEVEDO, R., 2004, p.72).

Nas sociedades complexas, é necessário que os indivíduos que dela fazem parte internalizem uma série de normas generalizadas, e o problema está no fato dessas estarem relativamente abertas a diferentes tipos de interpretação. Esse fato acarreta na criação de profissionais legais especializados em aconselhar os indivíduos a respeito de seus direitos, bem como de suas obrigações sociais.

Parsons observa o direito como nada mais do que uma expressão simbólica da falta de fidelidade ao sistema social. Assim, sob a ótica estrutural-funcionalista, permeada por um forte caráter de determinismo sociológico, a punição teria uma função social de reintegração e de prevenção. Ela simbolizaria a reação social necessária contra o delito, garantindo a vigência dos valores sociais que foram violados pelo infrator e, dessa maneira, protegeria os ideais presentes na consciência coletiva, disseminando a integração e a solidariedade social. Para

Parsons, a pena não teria a função de reduzir a criminalidade, mas de manter a confiança social no sistema e na ordem jurídica, ou seja, estabilizar expectativas quanto às ações sociais.

De acordo com as idéias freudianas, na ótica estrutural funcionalista o direito penal é verificado como a mais forte representação da autoridade estatal. Este, por sua vez, passa a ser utilizado a partir do momento em que todas as outras instâncias sociais da autoridade geral não cumpriram seu papel como repressoras de condutas individuais nocivas à sociedade. Logo, a punição serviria como elemento de desmotivação de ações indesejáveis ao grupo. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.19-20).

Para Parsons, a teoria do controle social está pautada na análise dos processos do sistema social que tendem a se contrapor às tendências desviadas e de como funcionam tais processos. O autor acredita que, de maneira ideal, visto que nenhum sistema social é perfeitamente integrado e equilibrado, o ponto de referência para tal análise é “o equilíbrio estável do processo social interativo, da mesma forma que para a teoria do desvio” (PARSONS, 1967, p. 303-305). Aqui, entre os processos de socialização e de controle social, existe uma forte relação, uma vez que ambos consistem em processos de ajustes a tensões.

O controle social é condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.22).

Assim, a norma penal, bem como o sistema político-penal, ocupa, na estrutura do controle social, um lugar secundário, de maneira que serve apenas no sentido de confirmar e assegurar a ação de outras instâncias de autoridade social muito mais eficazes e sutis.

A norma penal não cria, efetivamente, novos valores nem constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano em sociedade. [...] A norma penal, o sistema político-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional, etc.), cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para a convivência entre os indivíduos através da aprendizagem de determinadas pautas de comportamento. [...] o direito penal constitui um *plus* em intensidade e gravidade das sanções e no grau de formalização que sua imposição e execução exigem. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.23).

Segundo Muñoz Conde, o direito penal só seria efetivo se aplicado conjuntamente a ordem social, levando assim, os indivíduos às motivações necessárias para o cumprimento de determinadas proibições que o primeiro, sozinho, seria incapaz de promover. Logo, quando a ordem social vai de encontro ao que é colocado pela norma penal, a chance do que é estabelecido pela segunda ser desrespeitado torna-se muito grande.

1.3 Desenvolvimento e Crises do Estado Moderno

De acordo com Sousa Santos, durante o período entre os séculos XVI e XVII, ocorre a gestação do projeto sócio-cultural do Estado moderno. Tendo como marcos de sua consolidação no plano político a Revolução Francesa e no plano econômico a Revolução Industrial, tal projeto entra em vigor, tendo como base os pólos da emancipação e da regulação, considerados complementares e fundamentais para sua estruturação (SOUSA SANTOS, 2006, p.319).

O Estado Liberal, organização formal e complexa, é uma construção artificial, que possui, como qualquer outro complexo institucional, relações e processos sociais que são padronizados por certas normas. Sua estruturação ocorreu de forma deliberada, não natural, sendo sua característica estrutural mais importante o monopólio legítimo da violência. (POGGI, 1981, 104-107).

O Estado Liberal tem sua legitimidade fundamentada na domesticação do poder através da despersonalização de seu exercício. Assim, a arbitrariedade do poder estatal estaria minimizada pela regulamentação das leis.

No Estado moderno, a relação entre o Estado e o Direito é particularmente estreita. O direito já não é concebido como uma coletânea de normas jurídicas consuetudinárias, desenvolvidas desde tempos imemoriais, ou de prerrogativas e imunidades tradicionais e corporativamente sustentadas; tampouco é concebida como a noção de princípios de justiça assentes na vontade de Deus ou nos ditames da “Natureza”, aos quais se espera que o Estado simplesmente empreste a sanção de seus poderes para fazê-lo simplesmente respeitar. O direito moderno é, outrossim, um corpo de leis promulgadas; o direito é *positivo*, feito e validado pelo próprio Estado no exercício de sua soberania, sobretudo através de decisões públicas, documentadas e geralmente recentes. (POGGI, 1981, p. 111).

A crise de legitimidade do Estado Liberal⁸ se dá a partir dos progressos industriais e da crescente complexidade da sociedade, na qual cada vez mais leis são criadas e sancionadas pelo Estado, o que acaba por interferir em todos os âmbitos das relações sociais. As pessoas não conseguem compreender o significado das normas, não sabem quais as condutas que são permitidas pelo Estado e quais não são e, neste sentido, a legitimidade social legal passa a estar seriamente comprometida, uma vez que a não compreensão das leis gera um possível desgaste estatal.

Na tentativa de retomar sua legitimidade, o Estado Liberal passa a apostar no desenvolvimento econômico, através do crescimento industrial. Desta forma, os cidadãos teriam condições de, através de seus esforços pessoais, terem acesso a bens, como saúde e educação (POGGI, 1981, p. 140-141). Porém, com o desenvolvimento do capitalismo e o crescimento dos contrastes entre as classes sociais, as apostas no mercado para a promoção do bem estar social perdem suas chances de consagração.

A idéia de um desenvolvimento harmonioso entre os princípios do Estado, do mercado e da comunidade não foi concretizada durante o Estado Liberal. Em consequência deste fato, se assiste a um enorme crescimento do princípio do mercado, à atrofia do princípio da comunidade e a um desenvolvimento ambíguo do princípio do Estado. O substantivo crescimento da industrialização ocorre paralelamente à conversão da filosofia política liberal, sendo defendida, a partir de então, a limitação do poder de intervenção estatal e a maior liberdade individual. Mesmo que o Estado tivesse assumido o monopólio da violência legal, do poder judiciário e do papel de defensor dos direitos individuais, os campos econômico e

⁸ In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez Editora, 1995, p. 75-124.

social acabaram por adquirir uma maior autonomia, o que consolidou a distinção moderna entre Estado e sociedade civil, a qual passou a ser concebida como agregação competitiva dos interesses particulares e suporte da esfera pública (AZEVEDO, R., 2000, p. 46-48).

A partir de meados do Século XX, com a criação de mecanismos que viabilizam uma maior intervenção estatal sobre a vida social, tanto pela via social democrata, quanto pela via socialista, o Estado Liberal dá lugar ao Estado de Bem Estar Social. A partir deste modelo, o Estado passa a ser responsável pela saúde, educação, pelas leis trabalhistas, previdência social, além do investimento em melhorias sociais, até então não priorizadas em sistemas estatais anteriores, e a criação de indústrias estatais em áreas estratégicas para o desenvolvimento econômico.

O princípio de mercado continua sua expansão, concebida a partir da concentração do capital industrial, financeiro e comercial. Unido ao crescimento do capitalismo, o alargamento do sufrágio universal entra na lógica da sociedade civil e do cidadão verdadeiramente livre e igual, destruindo, assim, solidariedades tradicionais. O espaço político passa a ser estruturado pela reorganização da comunidade, dada pela emergência de práticas específicas de cada classe social, estando o Estado no papel de agente ativo das transformações ocorridas tanto na comunidade quanto no mercado, através de um crescente poder de regulação, reduzindo a capacidade auto-regulatória da sociedade civil (AZEVEDO, R., 2000, p. 48-49).

Inserida no horizonte histórico das transformações que ocorriam em função do Estado de Bem Estar Social, baseada em novas ideologias políticas de cunho social ou mesmo socialista e considerando a crise do programa da Escola Clássica no combate à criminalidade, nasce a Escola Positiva Italiana⁹. Inscrita no contexto do Cientificismo, do Positivismo Comtiano e do Evolucionismo Darwinista, suas idéias partem de pressupostos muito característicos e muito distantes daqueles defendidos pela Escola Clássica. A Escola Positiva parte da crítica do positivismo ao

⁹ Os italianos Cesare Lombroso (1836-1909), Enrico Ferri (1856-1928), e Raffaele Garofalo (1851-1934) são considerados como os máximos definidores e divulgadores da escola Positiva. O "L'Uomo delinquente" (publicado em 1876), de Lombroso, a "Sociologia Criminale" (publicada em 1891), de Ferri, e a "Criminologia – studio sul delitto e sulla teoria della repressione" (publicada em 1885), de Garofalo, são consideradas as obras básicas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica do Controle da Violência à Violência do Controle Penal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 60.

classicismo, que estaria centrado nas dicotomias individual *versus* social e racionalismo *versus* empirismo. A defesa dos direitos do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, que era anteriormente preconizada pelo classicismo, passou a ser denunciada como individualismo exacerbado, uma vez que gerava o esquecimento da defesa da sociedade na qual o indivíduo criminoso estava inserido. A Escola Positiva sustenta a primazia do social e dos direitos da sociedade, de acordo com seus preceitos, dentre os quais estava a idéia de deslocar a problemática penal do plano da racionalidade para o plano da realidade, numa tentativa de resgatar a figura do homem delinqüente, que fora esquecido pela Escola Clássica. (ANDRADE, 1997, p. 60-61). Para Vera Andrade,

[...] enquanto o programa clássico (centrado na lógica da liberdade de vontade, da certeza e segurança jurídicas) é condicionado e expressa, discursivamente, as exigências de uma sociedade e de um Estado de Direitos liberais, é somente quando esta matriz estatal assume o intervencionismo na ordem econômica e social e legitima-se, conseqüentemente, para intervir ativamente no campo penal, que se abre espaço para um direito e um controle intervencionista sobre a criminalidade e o criminoso, como o postulado pelo programa positivista. A emergência da Escola Positiva – e da Criminologia [originada do agrupamento da Antropologia e da Sociologia Criminal] – responde, pois, a uma redefinição interna a estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social ou intervencionista. (ANDRADE, 1997, p. 71).

Para a Escola Positiva é preciso deixar de lado a idéia de livre arbítrio, que guiava o pensamento clássico, lançando-se mão de uma ciência que deve ser apta a diagnosticar cientificamente as causas que levam indivíduos a cometer delitos. A negação do livre arbítrio acarretaria a negação da responsabilidade moral como fundamento da responsabilidade penal. Desse modo, são propostos mecanismos que devem ser capazes de erradicar a criminalidade, segundo pensadores da Escola Positiva.

Assim, o livre arbítrio, contra o qual polemizou desde sua origem, o positivismo opõe o determinismo. A admissão do livre arbítrio, e embora de um ângulo metodológico, deveria ser considerada acientífica e errônea; como uma ilusão subjetiva. Pois, um ato livre, rompe com a séria causal que necessariamente conduz ao crime. A vontade não é livre e não pode ser tida como causa do crime, porque é, ela própria, um resultado. (ANDRADE, 1997, p.64).

De acordo com os postulados trazidos pela Escola Positiva, impregnados por um determinismo bio-sócio-psicológico do comportamento humano, a punição àqueles que cometeram atos delitivos tem como significado a defesa da sociedade, tendo um caráter indeterminado e terapêutico. O crime seria um fenômeno biológico e não um ente jurídico: o criminoso é considerado um ser atávico, representando, através do desvio praticado, a regressão do homem ao primitivismo. Assim, já nasceriam delinqüentes e representantes da selvageria primitiva humana, sendo socialmente considerados degenerados.

Ainda segundo os pressupostos da Escola Positiva, o criminoso nato apresentaria características físicas e morfológicas específicas, tais como assimetria craniana, zigomas salientes, face ampla e larga, barba escassa e cabelos abundantes, etc.; além disso, seria fisicamente e moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso. As idéias da escola contam também com uma noção, de acordo com seus autores empiricamente comprovada, de que a causa do nascimento do ser degenerado seria a epilepsia, a qual ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas. Daí, nasceria a “loucura moral”, que, mesmo suprimindo o senso moral do indivíduo, deixaria sua inteligência ilese¹⁰.

Pelo fato do criminoso ser considerado um ser atávico, semelhante a um louco moral, com fundo epilético, sendo antes um doente, ao invés de culpado, a Escola Positiva acredita que esse deveria ser tratado, ao invés de ser punido. Dessa forma, atuar-se-ia sobre as causas do comportamento criminoso, de modo a prevenir a criminalidade, perdendo a pena seu caráter retributivo, passando ao tratamento dos criminosos. A partir de então, passam a ser aceitos nas prisões e nos manicômios, e também nos tribunais, especialistas de outras áreas que não a jurídica para que fosse identificado o problema e realizado o tratamento.

¹⁰ In: LOMBROSO, César. **O Homem Delinqüente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

1.4 Crime ou Desvio sob a Ótica da Criminologia

As teorias sociais sobre a delinquência criadas a partir do estrutural funcionalismo (as produzidas pela Escola de Chicago, a teoria das subculturas criminais e aquela ligada às técnicas de neutralização), dão ênfase às características que diferenciam a socialização dos indivíduos e os efeitos da socialização, as quais estiveram expostos muitos daqueles que se tornaram delinquentes. Essas teorias também demonstram que a delinquência depende muito mais das diferenciações e contatos sociais¹¹ aos quais têm acesso os indivíduos que praticam atos criminosos e sua participação em uma subcultura onde a prática de delitos é aceita como normal, não sendo tão determinante a disponibilidade ou as situações que favoreceriam a prática de um delito.

A partir dos anos 60, surgem, no âmbito da Sociologia Criminal, as novas teorias do conflito, como um novo modo pelo qual o pensamento sociológico passa a pensar o conceito de controle social. Tendo como fundamento o Interacionismo Simbólico, o paradigma etiológico é criticado e surge o paradigma do controle social, concentrando suas atenções sobre os aspectos que definem a conduta humana e como os diferentes gestos significantes a influenciam.

A Teoria do Etiquetamento, da Rotulação ou Reação Social (*Labeling Approach*) tem seu paradigma epistemológico baseado no Interacionismo Simbólico, o qual fundamenta seu enfoque na psicologia social e na sociolinguística. Segundo esta corrente sociológica, a coordenação dos comportamentos sociais não ocorre de forma automática, mas é dependente de algumas condições, devendo ser considerada uma operação problemática.

O comportamento encontra na estrutura material da ação o próprio referente necessário: a ação é um comportamento no qual se atribui um sentido ou um significado social, dentro da interação. Esta atribuição de significado que “transforma” o comportamento em ação se produz segundo algumas normas. [...] Existem normas sociais gerais, como por exemplo, as normas éticas ou as normas jurídicas. Mas existem, também, normas ou práticas interpretativas que determinam a interpretação e a aplicação das normas gerais a aplicações particulares. Estas formas ou práticas interpretativas e aplicativas estão na base de qualquer interação social e determinam o “sentido da estrutura social”. (BARATTA, 1999, p. 88).

¹¹ In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 81-84.

No sentido de compreender como são formadas as identidades e as carreiras desviantes, os principais autores preocupados em entender os processos foram Becker (1963) e Lemert (1967). O primeiro deteve seus estudos sobre os efeitos que a estigmatização provoca na formação do status social de desviante. Suas pesquisas demonstraram que a consequência mais importante da aplicação de uma sanção penal é o fato de gerar uma expressiva modificação na identidade social do indivíduo, mudança essa que ocorre logo no momento em que ele internaliza o status de desviante.

Já os estudos de Lemert seguiram na direção da distinção entre delinqüência primária e delinqüência secundária, de modo a tentar demonstrar de que modo a reação social ou a punição por um primeiro ato delitivo praticado tem a função de uma espécie de comprometimento com o desvio, o qual leva, através de uma mudança da identidade social do indivíduo que passa a ser por este fato estigmatizado, a uma forte tendência de que o mesmo permaneça no papel social ao qual a estigmatização o vinculou.

Segundo o autor, os problemas de como surge o comportamento desviante, de como os atos desviantes são ligados simbolicamente e as consequências reais desta ligação para a ocorrência de desvios sucessivos realizados pelo indivíduo, são os principais problemas de uma teoria sobre a criminalidade.

Enquanto o desvio primário se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo, e não conduzem, por si mesmos, a uma reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social, os desvios sucessivos à reação social (compreendida a incriminação social e a pena) são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio. (BARATTA, 1999, p. 90).

Os resultados obtidos a partir das primeiras pesquisas sobre o etiquetamento, no que tange ao desvio secundário e às carreiras criminosas, seguem na direção de por em dúvida o princípio da prevenção ao delito e da concepção de que a pena possui um sentido reeducativo. Nesse sentido, a intervenção do sistema penal realizada de forma a encarcerar indivíduos, buscando reabilitá-los de modo a

retornarem à sociedade sem novamente cometerem atos delitivos, acaba por determinar, na expressiva maioria das vezes, a consolidação da identidade de desviante que passa a ser internalizada pelo indivíduo, o que, de fato, acaba por conduzir ao ingresso em uma verdadeira carreira criminal.

Na análise do processo de etiquetamento também é observada a importância da reação social frente ao agente de um ato delitivo.

[...] para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como violador da norma, para que lhe seja atribuída uma responsabilidade moral pelo ato que infringiu a *routine* (é neste sentido que, no senso comum, a definição de desvio assume o caráter – poder-se-ia dizer – de uma definição de *criminalidade*), é necessário que desencadeie uma reação social correspondente: o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou a uma norma não é suficiente. De fato, aqui existem condições – que se referem ao elemento interior do comportamento (à intenção e à consciência do autor) – cuja inexistência justifica uma exceção; ou seja, impede a definição de desvio e a correspondente reação social. (BARATTA, 1999, p. 95-96).

Assim, deixa de ser analisada a criminalidade em si e passam a ser considerados os processos de criminalização, reorientação essa reforçada pela análise materialista-dialética desenvolvida pela chamada Criminologia Crítica, que se utiliza das idéias marxistas para entender até que ponto a criminologia positivista transmite uma visão ideologizada da criminalidade. A partir de uma perspectiva conflitual sobre a ordem social, o controle social passa a ser pensado como o conjunto de mecanismos que tendem a naturalizar e a normalizar uma determinada ordem social, construída através de forças dominantes (AZEVEDO, R., 2000, p.91).

Diversas correntes da criminologia crítica assumiram a concepção interacionista-simbólica, orientadas tanto no sentido do fim do direito penal como hoje conhecido, o que sugere a utilização de alternativas privadas para a resolução de conflitos, quanto para a restrição do sistema, descriminalizando condutas e tornando-o menos formal. O problema aqui encontrado, segundo Muñoz Conde, está no fato de que a eliminação do direito penal na sociedade contemporânea provocaria um processo de substituição, onde passaria a ser utilizado um novo mecanismo de controle social muito mais rígido e desigual, espelhado nas tendências punitivistas da contemporaneidade. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.26).

A Nova Criminologia mostra, através da realização de diversas pesquisas empíricas, que o direito penal não protege da mesma maneira todos os bens

relativos aos interesses de todos os indivíduos inscritos no grupo social. No que tange à igualdade e ao alcance da lei penal, a Nova Criminologia demonstra que ela não é aplicada da mesma forma para todos, assim como o status de criminoso não se aplica da mesma forma para todos os indivíduos que infringem a lei penal, independentemente da gravidade ou do dano provocado à sociedade. (MUÑOZ CONDE, 2005, p.34).

O controle penal seria carente de legitimidade pelo fato de estar a serviço de certos grupos de poder, através da criação e aplicação de novas normas de controle que assegurariam seus interesses. Esses grupos seriam os detentores do poder de definir quais seriam os comportamentos desviantes, bem como controlar a aplicação das normas jurídicas. Logo, o direito penal protegeria os interesses dos grupos sociais dominantes, que seriam representados, de maneira ideológica, como interesses sociais gerais.

De fato, não existe a definição de um conceito unânime do que é considerado socialmente “bom” ou “mau” e o comportamento de um indivíduo pode ser considerado justo e correto em um dado grupo social e injusto e nocivo para outro. Assim, verifica-se que em uma mesma sociedade coexistem culturas e sistemas de valores distintos e, os valores e moral considerados corretos são aqueles pertencentes aos grupos sociais dominantes (SABADELL, 2005, p.156-160).

Assim, a grande contribuição da Criminologia Crítica encontra-se na demonstração de que a lei penal, aparentemente igualitária, é tão desigual na sua aplicação quanto à sociedade na qual está inserida. Logo, o direito que é produzido nestas sociedades só pode ser concebido de forma a obedecer aos interesses dos grupos sociais dominantes.

1.5 Economia, Consumo, Desvio e Castigo

De acordo com Sánchez (2002) a expansão do direito penal está relacionada, na sociedade contemporânea, à busca por uma forma de solucionar de modo rápido os problemas sociais, e responder à demanda punitiva de amplas camadas sociais, que identificam no sistema penal a função de promotor de segurança e diminuição de ansiedades sociais.

Para Sánchez, seguindo as idéias de Beck (1998), a sociedade contemporânea é caracterizada pelo risco social, onde são crescentes e notórios tanto a individualização, quanto o sentimento de insegurança e medo. O fato de as mudanças econômicas e tecnológicas ocorrerem em uma velocidade nunca antes vista gera grande dificuldade de adaptação para os indivíduos. Assim, com o avanço das comunicações, uma grande quantidade de informações é recebida com facilidade para parte da população, que, por sua vez, se sente insegura pelo fato de não conseguir distinguir o que é real e o que é virtual. (SÁNCHEZ, 2002, p. 33-34), criando o que Castells (1999) denomina de uma cultura da virtualidade real.

De acordo com Castells, o desenvolvimento dos meios de comunicação, que passam a ter um alcance global, tem como consequência mudanças culturais.

Afirmo que por meio da poderosa influência do novo sistema de comunicação, mediado por interesses sociais, políticas governamentais e estratégias de negócios, está surgindo uma nova cultura: a cultura da virtualidade real. (CASTELLS, 1999, p.355).

O autor analisa o desenvolvimento dos meios de comunicação a partir do período pós Segunda Guerra e conclui que, sem sombra de dúvidas, a televisão tornou-se o “epicentro cultura” da sociedade da época (CASTELLS, 1999, p. 358). Assim, a televisão seria responsável pela difusão de uma cultura de massas, na qual, ao mesmo tempo em que se tem acesso fácil a informações de vários tipos, os indivíduos iriam tornando-se, paulatinamente, receptores passivos de manipulação ideológica, fato que inibiria as idéias de movimentos sociais e de mudanças sociais.

Castells também observa o desenvolvimento da informática a partir da década de 90, o qual colocou em andamento um processo que está em contínuo desenvolvimento e que trouxe substanciais mudanças na estrutura social mundial. Como principais consequências deste processo, o autor verifica um fenômeno de diferenciação social e cultural entre usuários: uma crescente estratificação social pode ser verificada através deste processo.

Não apenas a opção da multimídia ficará restrita àqueles com tempo e dinheiro para o acesso e aos países e regiões com o necessário mercado potencial, mas também as diferenças culturais/ educacionais serão decisivas no uso da interação para o proveito de cada usuário. A informação sobre o que procurar e o conhecimento sobre como usar a mensagem será essencial para se conhecer um sistema diferente da mídia de massa personalizada. Assim, *o mundo a multimídia será habitado por duas populações essencialmente distintas: a interagente e a receptora da interação*, ou seja, aqueles capazes de selecionar seus circuitos multidirecionais de comunicação e os que recebem um número restrito de opções pré-empacotadas. E quem é o que será amplamente determinado pela classe, sexo, raça e país. O poder unificador cultural da televisão direcionada às massas (da qual apenas uma pequena elite cultural havia escapado no passado) agora é substituído por uma diferenciação socialmente estratificada. (CASTELLS, 1999, p. 393-394).

O crescimento do poder do mercado também é citado por Sánchez como fator gerador de insegurança social.

A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De modo que, nessa linha, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas. Pois bem, nesse contexto de aceleração e incerteza, de obscuridade e confusão, se produz uma crescente desorientação pessoal, que se manifesta naquilo que já se denominou *perplexidade da 'relatividade'*. (SÁNCHEZ, 2002, p. 34).

A interdependência das esferas de organização social, assim como a crescente utilização da ordem jurídica como instância de intermediação para a resolução dos conflitos entre indivíduo e sociedade, em substituição às instâncias, são consideradas por Sánchez como responsáveis pelo sentimento de insegurança. A sociedade contemporânea passa por um processo de individualização, no qual a solidariedade perde suas bases tradicionais e encontra-se enfraquecida. Logo, ao mesmo tempo em que cresce a interdependência entre as esferas de organização, se enfraquecem os laços sociais, e os interesses coletivos são colocados como menos importantes do que os individuais, fato que tem como consequência imediata o sentimento de insegurança social. (SÁNCHEZ, 2002, p. 35-36).

A demanda pela redução do sentimento de insegurança, considerado por Sánchez como potencializado pelos fatores acima citados, e desproporcional à realidade social, é passada ao Estado, que passa a receber demandas no sentido de oferecer soluções ao problema, e o faz por meio do direito penal.

A criminalização das condutas que geram insegurança social nos grupos dominantes ocorre, segundo o autor, pela existência de um modelo de vítima que não assume a responsabilidade pelo fato que sofreu como responsabilidade sua ou mesmo como consequência de um evento aleatório e, logo, procura um outro responsável ao qual imputa o fato e suas consequências.

A vítima sempre se pergunta por um responsável, ainda que seja certo que às vezes a resposta correta é que “ninguém é responsável”. É verdade que, em princípio, não cabe falar em responsabilidade sem capacidade de ação e conhecimento. Mas tampouco a mera concorrência de capacidade de ação e conhecimento pode fundamentar a responsabilidade, que é uma questão moral e, como tal, de dever. Daí que a “expansão da imputação” acabe dando lugar a processos de despersonalização e, sobretudo, amoralização (isto é, de perda de conteúdo moral) na imputação. (SÁNCHEZ, 2002, p. 47).

Segundo Sánchez, ainda deve ser considerada a identificação dos setores passivos (no sentido de procurarem em outros indivíduos a responsabilidade pelos atos delitivos) que levam à identificação da sociedade com a vítima do delito. Assim, a penalização dos ditos culpados, que é freqüentemente demandada pela sociedade, simbolizaria a superação do trauma gerado pelo delito.

Então, ocorreria um processo em que a sociedade, que não foi capaz de impedir que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, teria uma dívida com a última, que seria sanada com a punição do autor. Somente as penas de prisão e multas cumpririam essa função simbólica, uma vez que, especialmente a prisão, possui um grande significado para a vítima, pois manifesta a solidariedade do grupo social para com ela, deixando de fora do grupo o autor do delito e reintegrando a vítima. (SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

Com a crise econômica que afeta os países industrializados a partir do início dos anos 70, ocorre o crescimento do individualismo nas sociedades, quando a comunidade tradicional deixa de ser tida como primordial e o crescimento de espaços de exclusão social se dá de forma substancial. A partir dos anos 80 e 90, o processo de exclusão social ganha força, o que implica na transformação e separação dos mercados de trabalho e no aumento significativo do desemprego estrutural. Segundo Young,

A transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente. Isto é, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e incorporação para uma que separa e exclui. Esta erosão do mundo inclusivo do período modernista [...] envolveu processos de desintegração tanto na esfera da comunidade (aumento do individualismo) como naquela do trabalho (transformação do mercado de trabalho). Ambos os processos resultam de forças de mercado e sua transformação pelos atores humanos envolvidos. (YOUNG, 2002, p. 23).

A passagem do modelo fordista para o modelo pós-fordista trouxe expressivas transformações no que tange à esfera do mercado de trabalho. No período fordista, o emprego masculino, que representava quase o total do mercado, possuía bases que estavam fundamentadas em empregos seguros e perspectivas de carreira bem delineadas. Estavam também presentes burocracias hierárquicas maciças, além de políticas governamentais corporativas que apoiavam o consumo de massa de produtos uniformes.

O período pós-fordista traz consigo consideráveis mudanças, mas a principal a ser considerada é o crescimento substancial dos níveis de exclusão. Como efeito das políticas de aumento da produtividade com redução de custos, uma proporção relevante dos empregados com rendas médias é dispensada e, em consequência, nasce entre os que ainda restaram empregados um sentimento de precariedade no trabalho, local no qual antes se sentiam seguros.

No que se refere à transformação estrutural do mercado de trabalho, Castells aponta a transição histórica que passa pela tendência secular para o aumento da produtividade do trabalho humano, que com o desenvolvimento fez com que homens e também mulheres aumentassem a produção de mercadorias com maior qualidade, menos esforços e menos recursos, migrando-se de um modelo de produção direta para indireta e uma crescente diversificação do mercado de trabalho.

No contínuo de sua análise, o autor cita que ocorre o processo de eliminação gradual do emprego rural, o declínio do emprego industrial tradicional, crescente diversificação das atividades do setor de serviços, elevação das oportunidades de emprego para profissionais qualificados, além de outros (CASTELLS, 1999, p.249-251).

De acordo com Young, as desigualdades de renda aumentaram drasticamente, sendo que tal diferenciação gerou tanto um sentimento de privação relativa entre os pobres, fator responsável tanto pelo incremento da criminalidade,

quanto pelo nascimento do sentimento de ansiedade entre aqueles que se encontravam em uma situação economicamente mais favorecida, fator que fomentou a cultura da punição e da intolerância (YOUNG, 2002, p. 25). Assim, tanto as causas da violência criminosa quanto a resposta punitiva que a ela é dirigida procederiam da mesma fonte.

Ambas derivam de deslocamento no mercado de trabalho: uma de um mercado que exclui a participação como trabalhador mas estimula a voracidade como consumidor; a outra, de um mercado que inclui, mas só de maneira precária. Vale dizer, ambas derivam do tormento da exclusão e da inclusão precária. Essas frustrações são conscientemente expressas sob forma de privação relativa. A primeira é bastante óbvia: aqui, não só a cidadania econômica, mas a social é renegada, e a comparação é com aqueles que estão no mercado. [...] A privação relativa é convencionalmente pensada como um olhar para cima: trata-se da frustração daqueles a quem a igualdade no mercado de trabalho foi recusada face àqueles com mérito e dedicação iguais. Mas a privação também é um olhar para baixo: a apreensão diante do relativo bem-estar daqueles que, embora em posição inferior à do observador na hierarquia social, são percebidos como injustamente favorecidos: "eles ganham a vida fácil demais, mesmo que não seja tão boa quanto a minha". (YOUNG, 2002, p. 26).

Com a precarização do trabalho, perde-se a noção de mérito, tendo como resultado a perda de compreensão das pessoas de como é medida a remuneração de determinados empregos, uma vez que foi perdida a padronização meritocrática.

O individualismo emergente na sociedade de consumo visa escolhas pluralistas e imediatas. As escolhas feitas são as que lhe trarão um determinado *status* social, uma vez que a relevância social passa a ser medida de acordo com as possibilidades de consumo individuais. Logo, um novo problema é criado: a frustração social pela impossibilidade de consumir determinados bens une-se a privação relativa, junção esta que tende a se tornar uma poderosa fonte de desvio.

A insegurança ontológica é outro fator verificado. A sensação social de insegurança decorre, dentre outros fatores, da dificuldade dos indivíduos de adaptarem-se às contínuas e aceleradas transformações, o que faz com que se perca, de forma cada vez mais elevada, o domínio dos fatos e acontecimentos. Isso se soma à dificuldade de lidar com tantas informações possibilitadas pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, no sentido de que, em grande parte das situações, as informações são contraditórias e não existe um meio seguro de que sejam selecionadas aquelas que são ou não confiáveis. Desta forma, começa a existir uma grande necessidade de que sejam reafirmados valores morais que sejam

tornados absolutos, de que sejam estabelecidos limites rígidos que diferenciem o indivíduo bom do ruim.

Uma das reações à exclusão é um compromisso aumentado com os valores do passado: criar nacionalismos imaginários em que a precariedade do presente está ausente e, freqüentemente, imitar o convencional ou, pelo menos, uma sua versão imaginada. Finalmente, registra-se na *intelligentsia* um aspecto de corretismo político que acarreta um declínio na tolerância ao desvio, uma obsessão por comportamento e discurso corretos, e uma insistência no policiamento estrito de fronteiras morais. (YOUNG, 2002, p. 35).

A precariedade econômica, unida à insegurança ontológica, tanto aumenta a demanda social punitivista, como também possibilita a identificação de indivíduos que passam a ser direta e unicamente responsabilizados pela criminalidade na sociedade passiva. O crescimento das taxas de criminalidade resulta no aumento de encarceramentos. Segundo Young, não há uma linearidade na relação existente entre aumento da criminalidade e número de encarcerados, mas isso não elimina o fato de que a população encarcerada da maioria dos países aumenta de forma substancial como resposta à criminalidade (YOUNG, 2002, p. 37). Ainda neste mesmo sentido, são cada vez mais privatizados espaços públicos, como a construção de shoppings centers e parques de acesso privado, e também é observada a tendência cada vez maior de construção de espaços residenciais gradeados, com seguranças e câmeras de vigilância¹².

[...] o efeito do crescimento da criminalidade é aumentar a ansiedade da população. O contrato social da modernidade dá ao Estado o papel de monitorar a segurança pública. Contudo, no período de uma vida, a criminalidade, particularmente para os habitantes urbanos, tornou-se não mais uma preocupação marginal, um incidente excepcional em suas vidas, mas uma possibilidade sempre presente. E não aumentaram apenas os gastos do governo no controle à criminalidade e, conseqüentemente, gastos da população através dos impostos, mas aumentou também o custo direto do público em termos de fechaduras, trancas e seguros domésticos. A criminalidade deixa de ser uma questão secundária de interesse público, passando a ser uma questão política central. (YOUNG, 2002, p. 64).

Os grupos sociais que ficavam estagnados em sua pobreza eram, até os anos 80, denominados marginalizados. Com o processo de globalização, a expressão passou a ser, paulatinamente, substituída pelo termo exclusão social: o que ocorre é

¹² CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Editora 34, 2000.

uma expulsão da dinâmica do crescimento econômico da sociedade, não havendo mais motivação social para que estes grupos sejam reintegrados. A exclusão do mercado de trabalho traz como consequência direta a eliminação da cidadania, a negação dos direitos sociais, não somente por parte da comunidade, mas também por parte das autoridades. São estes mesmo indivíduos socialmente excluídos que passam a ter suas condutas observadas pela sociedade, que demanda de forma cada vez mais expressiva a sua criminalização.

No período em que o neoliberalismo afeta a estrutura econômica e as relações de trabalho, um grupo cada vez maior de pessoas passa a ser categorizado como subclasse, como grupos sociais desnecessários para a manutenção e crescimento do sistema capitalista. Esta subclasse não é de forma alguma necessária, já que seu poder de consumo é irrelevante e sua força de trabalho não possui qualquer utilidade para o sistema.

Neste processo, a polícia deixa de suspeitar de indivíduos e passa a suspeitar e selecionar criminalmente categorias sociais. Fica claro que, com o volume crescente da criminalidade, a dificuldade de lidar com este fato burocraticamente ganha enormes proporções. Os recursos do Estado são limitados tanto em termos de detecção dos atos delitivos quanto no seu enfrentamento, assim, não há formas de lidar com a problemática do aumento da criminalidade sem que haja um processo de exacerbação da seletividade penal.

Para Sousa Santos, o processo de criminalização de determinadas categorias sociais é consequência do que o autor denomina de Fascismo Social, produzido por um conjunto de processos sociais, mediante os quais extensos setores da população mundial são colocados de maneira irreversível no exterior de qualquer tipo de controle social. Assim, estes grupos são socialmente rejeitados e permanentemente excluídos e, muito provavelmente não voltarão a ser reintegrados pela sociedade.

Como alternativa ao problema do fascismo social, Sousa Santos sugere a construção de um novo padrão de relações locais, nacionais e transnacionais, cujas bases estariam na redistribuição de renda e no reconhecimento social. Ainda assim, o autor acredita que provavelmente ocorrerá

[...] a expansão do fascismo social. Há muitos sinais de que isso é uma probabilidade real. Se se permitir que a lógica do mercado transborde da economia para todas as áreas da vida social e se torne o único critério para a interação social e política de sucesso, a sociedade tornar-se-á ingovernável e eticamente repugnante, e, seja qual for a ordem que venha a efectivar, ela será do tipo fascista. (SOUSA SANTOS, 2006, p. 193).

O autor caracteriza o processo de globalização como conjuntos de relações sociais. Desta forma, estaria mais correto se nos referíssemos às diversas globalizações, uma vez que o processo é sentido de forma muito diferente em diferentes territórios mundiais, assim como por diferentes grupos sociais (SOUSA SANTOS, 2006, p. 194-195). Logo, o mesmo processo, ao mesmo tempo em que proporciona grandes benefícios econômicos para alguns, traz conseqüências desastrosas para outros, envolvendo conflitos sociais, que são inevitáveis neste contexto, o que gera vencedores e vencidos.

Com as transformações nos âmbitos social e econômico verificadas na modernidade recente, como a pluralização de valores éticos e morais que gerou uma ampla diversidade de subculturas, torna-se praticamente impossível preservar os padrões da sociedade mais coesa e ordenada. Com a diversificação da população, na qual padrões sociais de virtude e critérios morais deixam de fazer parte do cotidiano de muitos grupos, a própria criminalidade passa a ser verificada como algo que se tornou usual, fazendo, esta sim, parte do cotidiano social.

Assim, de acordo com Young, novos mecanismos de controle social necessitam ser desenvolvidos, uma vez que os princípios jurídicos do direito penal clássico passam a ser questionados, deixando de ser úteis ou adequados ao período de modernidade recente (YOUNG, 2002, p. 103). São observadas maiores dificuldades em lidar com os atos delitivos, tanto que algumas mudanças em instituições responsáveis pelo controle social começam a ser observadas, numa tentativa de se adequar à disseminação da desordem social e da criminalidade. A diversificação e complexificação da sociedade leva à adoção de novas práticas de controle social. Assim, passa a ocorrer um processo de inflação penal e o surge o chamado processo penal de emergência¹³, com vistas à adaptação do sistema às novas necessidades do controle social.

¹³ O processo penal de emergência, nascente de uma situação de caos social, tem suas bases na manutenção da lei e da ordem social através da criminalização de condutas e repressão social. Busca-se a exclusão daqueles indivíduos considerados excedente, os quais não têm condições ideais de consumo na sociedade contemporânea, na qual a relevância social de cada indivíduo é medida

É sabido que o modelo liberal e os princípios de funcionamento do sistema penal dele decorrente, consagrados pelas Constituições dos modernos Estados de Direito, não lograram regular, de modo constante e sistemático, o aparato punitivo, num permanente déficit em relação às promessas iluministas. No entanto, o fenômeno da globalização trouxe para o âmbito do controle penal uma série de novos dilemas e paradoxos. Face à insegurança gerada pelo processo de globalização, nota-se um aumento da utilização do sistema punitivo, tanto no plano simbólico (novas leis, penas mais severas) quanto instrumental (aumento das taxas de encarceramento). (AZEVEDO, R., 2006, p. 50).

Young cita o atuarialismo como o principal motor do controle social na modernidade recente. A ideologia atuarial propõe que sejam superados paradigmas, tais como o discurso correccionalista¹⁴ do sistema penal, e também que se deixe de tentar mapear as causas dos atos delitivos. Segundo este modelo, não se busca mais a disciplina para que o indivíduo que é encarcerado possa ser ressocializado e útil à sociedade. Sob esta ótica, o delito é observado como uma escolha racional e o indivíduo que o pratica é racional e age de forma amoral.

Para que o direito penal não perca sua legitimidade social, começa a ser vinculado a vários outros fatores que lhe garantam seu *status*. Logo, ele passa a ser influenciado pela política e pela mídia, buscando atender às demandas sociais punitivas através do endurecimento da legislação penal, transformando-a na principal forma de combate aos problemas sociais (AZEVEDO, R., 2006, p. 50-51). O problema está no fato de que, com este tipo de ação (a edição de novas e mais duras leis penais), ao mesmo tempo em que se garante a legitimidade do poder punitivo do Estado, a justiça penal é levada a uma situação de grande complexidade, uma vez que o excessivo aumento de atos considerados ilícitos pelas leis penais ocasiona grandes dificuldades para que seja realizada a prestação jurisdicional de forma adequada. Como resultado, verifica-se enorme morosidade, muitos casos de impunidade, com o conseqüente descrédito da ameaça penal.

através de seu poder de compra, mantendo-os sob constante controle ideológico e social pelas práticas de incriminação e repressão.

Ao romper com os princípios e direitos constitucionais, o processo penal de emergência gera o agravamento da situação do acusado, colocando de forma velada sua intenção de excluir socialmente o réu/acusado para assegurar sua intenção de manter uma determinada ordem social. Para que isso ocorra, são utilizados alguns institutos penais, como, por exemplo, o uso indiscriminado da medida de prisão provisória, fato que acaba por inverter a lógica do princípio de presunção da inocência, uma vez que acaba sendo passada ao acusado a responsabilidade de comprovar sua inocência.

¹⁴ In: GARLAND, David. **La Cultura Del Control: crimen y orden social em la sociedad contemporánea**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005, p. 92-96.

1.6 A Globalização e a Transformação das Relações Sociais

O processo de globalização ocorre paralelamente ao período de modernidade recente. Esse processo é visto por Sousa Santos um fenômeno multifacetado, onde as dimensões econômica, social, política e cultural estão interligadas de um modo muito complexo. (SOUSA SANTOS, 2002, p. 26). Nas últimas três décadas, a globalização, ao invés de homogeneizar ou uniformizar as sociedades mundiais, gera como conseqüências o aumento da desigualdade social e econômica entre países ricos e pobres, migração internacional crescente, esvaziamento do poder dos estados, entre outras.

A globalização, longe de ser consensual, é [...] um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, Estados e interesses hegemônicos, por um lado, e grupos sociais, Estados e interesses subalternos, por outro; e mesmo no interior do campo hegemônico há divisões mais ou menos significativas. (SOUSA SANTOS, 2002, p.27).

Assim, o conceito de globalização está ligado ao conjunto de relações sociais que se encontram em um processo de freqüentes transformações. Logo, seria mais correta a utilização do termo globalizações, uma vez que o processo é percebido de formas diferentes entre os indivíduos que participam dessas relações sociais. Conforme o autor, considerando-se as condições atuais do sistema mundial em transição, não existe um processo de globalização genuína, uma vez que, quando nos referimos a ele, estamos falando sempre da globalização bem sucedida em determinado localismo. (SOUSA SANTOS, 2002, p.63).

A integração social, que na modernidade capitalista ocidental era realizada fundamentalmente pela via do trabalho, onde as políticas redistributivas eram fundamentadas, e onde a desigualdade social era provocada pela falta de emprego, passa a ser prejudicada pelo processo de metamorfose do sistema de desigualdades em sistema de exclusão. O desemprego estrutural é característico do período recente: mesmo com um aumento expressivo da produção, o nível de empregos não varia na mesma proporção, o que resulta em um crescimento econômico que não é acompanhado pelo crescimento de empregos. Logo, à medida que não são criados novos postos de trabalho, e ainda menos os que proporcionam estabilidade ao empregado, a integração social que antes era garantida pelo

trabalho torna-se cada vez mais precária. Assim, o trabalho passa a definir muito mais as situações de exclusão social do que as situações de desigualdade. (SOUSA SANTOS, 2006, p.297).

As desigualdades na distribuição da riqueza encontram-se cada vez mais reforçadas, o que torna as possibilidades de melhora dos padrões de vida cada vez menos acessíveis à maioria da população. O fenômeno de polarização social é particularmente visível na configuração do emprego descontínuo, em condições precárias e informais, e ocorre paralelamente ao processo de globalização, ambos sendo decorrentes da reestruturação capitalista iniciada no início dos anos 80.

Como resultado deste processo, a sociedade transforma-se profundamente: passa a ser expressivamente dual, e um apartheid social entre as classes motiva o punitivismo social e o apoio à criminalização de condutas. No decorrer do processo de mudança no sistema estatal, a criminalidade urbana cresce expressivamente, assim como o tráfico e o consumo de drogas, fatos que, paradoxalmente, acabaram por legitimar o corte de gastos sociais, bem como o endurecimento penal.

Os Movimentos de Lei e Ordem, que caracterizam o contexto norte-americano desde os anos 60, numa tentativa de encontrar soluções para o problema do incremento substancial da criminalidade, começam a propor a redução da impunidade e das margens de tolerância aos delitos praticados, questionando o que deve ser considerado relevante ou não pelo sistema penal, bem como demandando ao Estado um movimento de expansão penal, questionando o princípio do Direito Penal Mínimo. A supressão das garantias do criminoso, bem como o aumento da eficiência dos mecanismos de controle do crime também são elementos propostos pelos Movimentos de Lei e Ordem, que, além destas questões, passam a defender a busca por alternativas individuais de segurança privada, de autodefesa, questionando, assim, a legitimidade do monopólio estatal da segurança.

De acordo com Cohen (1995), as modificações dos modelos fundamentais e da estrutura organizacional que caracterizam o sistema penal moderno podem ser verificadas de acordo com a tabela abaixo:

Quadro 1 – Mudanças dos modelos e estrutura organizacional no sistema penal moderno

	Fase 1 (Pré-século. XVIII)	Fase 2 (Desde o séc. XIX)	Fase 3 (Meados do séc. XX)
1. Atuação do Estado	Débil, descentralizado, arbitrário	Forte, centralizado, racionalizado	Ataque ideológico: “Estado mínimo”, mas intervenção intensificada e controle estendido
2. Lugar do controle	“Aberto”: comunidades, instituições primárias	Fechado, Instituições segregadas: vitória do asilo, “Grandes Encarceramentos”	Ataque ideológico: “desencarceramento”, “alternativas comunitárias”, mas permanece a velha instituição e novas formas comunitárias estendem o controle.
3. Objeto do controle	Indiferenciado	Concentrado	Disperso e difuso
4. Visibilidade do controle	Público, “espetacular”	Limites claros, mas invisibilidade no interior, “discreto”	Limites difusos e o interior permanece invisível e dissimulado
5. Categorização e diferenciação dos desviantes	Sem desenvolver-se	Estabelecida e fortalecida	Mais fortalecida e refinada
6. Hegemonia da lei e do sistema da Justiça Penal	Ainda sem estabelecer: a lei penal é só uma forma de controle	Estabelecimento do monopólio do sistema de Justiça Criminal e complementado com novos sistemas	Ataque ideológico: “descriminalização”, “deslegalização”, “derivação”, etc., mas o sistema de justiça penal não se debilita, e outros sistemas se expandem
7. Dominação profissional	Inexistente	Estabelecida e fortalecida	Ataque ideológico: “desprofissionalização”, “antipsiquiatria”, etc., mas a dominação profissional se fortalece e se estende
8. Objeto de intervenção	Comportamento exterior: “corpo”	Estado interno: “mente”	Ataque ideológico: volta ao comportamento, conformidade externa, mas permanecem ambas as formas
9. Teorias da pena	Moralista, tradicionais, logo, clássicas, “justo preço”	Influenciadas pelo positivismo e o ideal do tratamento: “neopositivismo”	Ataque ideológico: regresso à justiça, neoclassicismo parcialmente obtido, apesar de que o ideal positivista ainda perdura
10. Forma de controle	Inclusiva	Exclusiva e estigmatizante	Acentuação ideológica em inclusão e integração: permanecem ambas as formas

Fonte: COHEN, Stanley. *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press, 1995, p. 16-17.

Garland (2005) busca em sua obra *The Culture of Control* analisar as formas através das quais o delito se configura ou o que representa atualmente no pensamento e na ação dos indivíduos comuns e dos atores estatais, além de investigar como e porque este processo é realizado. O autor tenta ainda identificar as estruturas e as mentalidades dominantes, bem como as estratégias que caracterizam o campo do controle do crime em sua atual configuração, utilizando, para tanto, um resgate histórico que permite rastrear as forças que configuram as

atuais práticas punitivas, identificando, assim, as condições históricas e sociais das quais ainda dependem.

O autor concentra-se, para tanto, nas mudanças sociais que aconteceram nos Estados Unidos e na Inglaterra, identificando as similitudes e as diferenças entre os sistemas de controle do delito e da justiça penal, os quais, a seu ver, identificariam as reais modificações ocorridas durante o período de Modernidade Tardia. Este período é caracterizado por Garland pelo padrão distintivo de relações sociais, econômicas e culturais, o qual emergiu nos dois países selecionados pelo autor para a realização da pesquisa e outros locais do mundo desenvolvido durante o final do século XX, trazendo consigo uma série de riscos, inseguranças e problemas de controle que colocaram a necessidade urgente de que fossem dadas novas respostas frente ao delito.

[...] los últimos desarrollos en materia de control del delito y justicia penal producen perplejidad porque parecen involucrar una repentina y sorprendente reversión del padrón histórico preestablecido. Presentan una marcada discontinuidad que debe ser explicada. Los procesos de modernización que, hasta hace poco, parecían tan bien consolidados en este ámbito – principalmente las tendencias de largo plazo hacia la racionalización y la civilización – parecen ahora comenzar a revetirse. La reaparición de la política oficial de sentimientos punitivos y gestos expresivos que parecen extraordinariamente arcaicos y francamente antimodernos tiende a confundir a las teorías sociales actuales sobre el castigo y su desarrollo histórico. (GARLAND, 2005, p. 34).

Os atuais mecanismos de controle do delito, de acordo com Garland, não foram forjados pelo crescimento das taxas de crimes praticados ou mesmo pela perda da legitimidade social do Estado de bem estar. O que ocorreu foi uma mudança adaptativa em resposta às condições culturais e criminológicas verificadas no período de Modernidade Tardia (GARLAND, 2005, p. 313). Assim, com o passar do tempo, produziu-se uma adaptação das práticas de controle social e das ações da justiça penal, já que o desenvolvimento econômico gerava cada vez mais exclusão social, sendo setores populacionais de vez excluídos.

A cultura consumista e hedonista, a qual define amplas liberdades individuais àqueles que têm condições de participar de maneira fortemente ativa do mercado de consumo, aliada ao controle social debilitado, auxilia a formação de uma ordem moral pluralista, na qual o contato e a confiança entre setores sociais economicamente distintos é dificultada.

Quanto ao Estado, sua capacidade de regulamentação sobre uma sociedade formada por indivíduos atomizados e por grupos sociais tão distintos é esvaziada pelo crescente poder de intervenção do mercado, sendo verificadas as altas taxas de delito e os baixos índices de coesão familiar e de solidariedade comunitária.

El carácter arriesgado e inseguro de las relaciones sociales y económicas actuales es la superficie social que da origen tanto a nuestra nueva preocupación enfática y generalizada por el control como a la velocidad y afán con que segregamos, fortificamos y excluimos. Es esta circunstancia de fondo la que alienta nuestros intentos obsesivos de mantener bajo vigilancia a individuos sospechosos, de aislar poblaciones peligrosas e imponer controles situacionales en escenarios que, de otro modo, serían abiertos e fluidos. Es la fuente de las ansiedades profundamente arraigadas que se expresan en la actual cultura de la conciencia del delito, en la mercantilización de la seguridad y en un ambiente diseñado para gestionar el espacio y dividir a las personas. (GARLAND, 2005, p.315).

A questão do controle social passa por um processo que permeia todas as instancias da vida social. O convencimento da classe média a respeito da necessidade que seja restabelecida a ordem social é apontado no discurso ideológico. Porém, ela não está disposta a restringir suas opções de consumo ou mesmo a abrir mão de suas liberdades pessoais, mas apenas a intensificar sua própria segurança, mas sem que para isso tenha que pagar mais impostos para que seja assegurada a segurança das outras classes sociais economicamente inferiores. Suas idéias seguem o curso de uma solução em que sejam minuciosamente controlados os pobres e definitivamente excluídos os marginalizados.

Durante los últimos veinte años, el efecto combinado de las políticas neoliberales y neoconservadoras – de la disciplina de mercado y la disciplina moral – há sido crear una situación em que se imponen cada vez más controles sobre los pobres, a la vez que implementa una reducción significativa de aquéllos com el objetivo de que afecten lo menos posible a las libertades de mercado del resto. Reducción de impuestos para los grupos de mayor ingreso, subsidios para la vivienda y las pensiones de clase media, desregulación de las industrias financieras y crediticias, privatización de las principales industrias y *boom* prolongado del mercado de valores; para aquellos que poseen trabajos bien remunerados, todo esto ha garantizado mejores estándares de vida, mayor libertad de consumo e incluso menos controles del Estado sobre su comportamiento económico. (GARLAND, 2005, p. 319).

O encarceramento massivo passa a ser utilizado como uma ferramenta fundamental na dinâmica das sociedades neoliberais de Modernidade Tardia: é um modo “civilizado” e constitucional de segregar as populações problemáticas que

foram criadas pelas instâncias econômicas e sociais atuais. O cárcere vai exatamente ao encontro do risco e da retribuição, duas dinâmicas sociais e penais mais importantes do nosso tempo (GARLAND, 2005, p. 322).

A lógica absolutista da sanção penal acaba por castigar ao mesmo tempo em que “protege”, de condenar ao mesmo tempo em que controla a população que não possui condições de participar da lógica de consumo do mercado moderno. O encarceramento cumpre a dupla função de satisfazer de maneira substancial os sentimentos de retribuição, sendo ainda mecanismo capaz de “controlar” o risco e de confinar o “perigo”. Para Mary Douglas,

Quando o indivíduo não tem lugar no espaço social, quando é, numa palavra, marginal, cabe aos outros, parece, tomarem as devidas precauções, precaverem-se contra o perigo. O indivíduo marginal nada pode fazer para mudar a sua situação. Na nossa própria sociedade, observamos uma atitude análoga em relação aos seres marginais. [...] Qualquer pessoa que tenha estado “dentro” [de uma instituição penal] vê-se excluída, posta “fora” do sistema social. Sem um rito de agregação que lhe permita ocupar de uma vez por todas um determinado lugar, ficará à margem, na companhia de outros associiais ou pretensos associiais com os quais, diz-se, não se pode contar não se pode aprender nada, etc. (DOUGLAS, 2003, p. 118).

Segundo Bauman (1998), o critério de pureza na modernidade recente (ao qual o autor denomina de pós-modernidade) é relativo à aptidão de que se possa participar do mercado de consumo. Já o critério de perigo ou impureza está ligado àqueles indivíduos chamados pelo autor de “consumidores falhos”, os quais não possuem recursos suficientes para consumir.

Uma vez que o critério de pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados de fora como um “problema”, como a “sujeira” que precisa ser removida, são *consumidores falhos* – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser “indivíduos livres” conforme o senso de “liberdade” definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos “impuros” que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Encarados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente objetos fora do lugar. (BAUMAN, 1998, p. 24).

Na visão do autor, o fato dos consumidores falhos serem um “sorvedouro” dos fundos públicos, arrecadados através de impostos pagos pela sociedade, faz com que setores sociais acreditem que aqueles que não têm condições de se tornar consumidores devam ser detidos e mantidos segregados, e com o menor custo

possível. Bauman observa que a sociedade acredita ser melhor excluir e encarcerar tais consumidores falhos, uma vez que este tipo de “política” seria mais adequada por ser mais barata e eficaz. De acordo com o autor, a busca pela pureza na modernidade é verificada através da crescente ação punitiva contra as classes consideradas “perigosas”, moradores de rua, de zonas urbanas consideradas “proibidas” (BAUMAN, 1998, p. 23-26).

Bauman acredita não existir mais possibilidade de incorporação pela sociedade de tais indivíduos excluídos do processo de produção e consumo.

Quando controlava a conduta disciplinada de seus membros por meio de seus papéis produtivos, a sociedade incitava forças combinadas e a busca de avanços mediante esforços coletivos. A sociedade que obtém padrões de comportamento para uma ordem mais estável daqueles seus integrantes que se viram expulsos, ou estão prestes a ser expulsos, de suas posições de produtores e definidos em vez disso, primordialmente, como consumidores, encoraja a fundamentação da esperança em ações coletivas. Pensamentos que emergem dentro do horizonte cognitivo moldados pelas práticas diárias dos consumidores invariavelmente acentuam o agudo interesse pelo mercado consumidor e ampliam-lhe os poderes de sedução. Ao contrário do processo produtivo, o consumo é uma atividade inteiramente individual. Ele também coloca os indivíduos em campos opostos, em que freqüentemente se atacam. (BAUMAN, 1998, p. 54).

O aumento da criminalidade seria o principal produto de uma sociedade de consumidores em pleno desenvolvimento, a qual é legitimada por todos os indivíduos que fazem parte da sociedade, inclusive os excluídos. Quanto mais eficaz é o poder de sedução do mercado de consumo, mais a sociedade de consumidores torna-se segura e próspera, o que, conseqüentemente, torna cada vez maior a polarização entre aqueles que podem participar do mercado e aqueles que não podem (BAUMAN, 1998, p.55). Este processo é também responsável pelo substancial enfraquecimento do sentimento de alteridade, produzindo a crescente demanda por criminalização das condutas sociais daqueles indivíduos pertencentes à classe dos não consumidores, os quais, diferentemente de períodos históricos anteriores, quando faziam parte da reserva de mão-de-obra e possuíam esperanças de reintegração ao mercado de trabalho, agora se encontram totalmente excluídos desse, à margem da sociedade e sem qualquer expectativa de retorno.

1.7 O Encarceramento e a Exclusão Social

O encarceramento sempre foi utilizado, com diferentes formas de rigor e severidade, para que o Estado pudesse lidar com setores considerados “inassimiláveis” (os grupos sociais que passam pelo processo de exclusão social permanente no período de modernidade recente) ou mesmo problemáticos da população. Através dele, são separados e isolados aqueles indivíduos que não possuem condições econômicas para participar do jogo do consumo capitalista, deixando de ser vistos por aqueles que são considerados indivíduos “bons”, fato que acaba por criar uma falsa sensação de segurança e de que a justiça está sendo realizada.

Para Chies (1997), além das três funções jurídico formais básicas da prisão (retribuição, prevenção e recuperação), existe uma quarta função não explicitada nos ordenamentos legais, que o autor caracteriza como a de repasse ideológico dos valores e padrões sociais vigentes nas sociedades na qual a prisão está inserida. Neste sentido, a prisão pode ser considerada como um aparelho ideológico, responsável pela repressão daqueles indivíduos que pratiquem condutas divergentes dos padrões socialmente dominantes.

Verifica-se, ainda, que esta quarta função conferida à prisão possui especial relevância para o Estado, eis que possibilita que o sistema carcerário funcione no corpo social, mais do que simplesmente como uma ameaça retributiva ao criminoso e seu ato lesivo a um bem juridicamente tutelado e valorado pelos padrões sociais dominantes, principalmente como um elemento reprodutor desses padrões e valores vigentes no sistema capitalista. (CHIES, 1997, p. 99).

A prisão já era observada pelo discurso jurídico dominante durante o período do Estado de bem estar social como necessária para que houvesse a ressocialização do indivíduo que desrespeitasse as normas sociais. Deste modo, caberia às instituições penais a aplicação de práticas que fossem capazes de promover o tantas vezes discutido e de eficácia extremamente duvidosa ideal ressocializador proposto, o qual, em teoria, serviria para que o indivíduo que passou pelo encarceramento pudesse retornar à sociedade (a qual o acolheria de braços abertos) reeducado, e agindo de acordo com a moral considerada ideal, podendo fazer parte do “trigo” e não mais do “joio”.

Nenhuma evidencia de espécie alguma foi encontrada até agora para apoiar e muito menos provar as suposições de que as prisões desempenham os papéis a elas atribuídos em teoria e de que alcançam qualquer sucesso se tentam desempenhá-los – enquanto a justiça das medidas mais específicas que essas teorias propõem ou implicam não passam no teste mais simples de adequação e de profundidade ética. (Por exemplo, “qual a base moral para punir alguém, talvez severamente, para impedir que pessoas inteiramente diferentes cometam atos semelhantes?” A questão é tanto mais preocupante do ponto de vista ético pelo fato de que aqueles que punimos são em larga medida pessoas pobres e extremamente estigmatizadas que precisam mais de assistência do que punição). (BAUMAN, 1999, p. 122).

O aumento massivo da utilização do encarceramento enquanto mecanismo de controle social e separação é consequência direta do fato de haver novos e amplos setores sociais que são vistos como uma ameaça à ordem social. Sua expulsão forçada do meio social pelo encarceramento é verificada como uma forma eficaz de neutralizar a ansiedade pública provocada por essa ameaça. O cárcere não representa apenas a imobilização, mas principalmente a expulsão: ele significa uma prolongada ou mesmo, e muito provavelmente, definitiva exclusão social.

O investimento do Estado na construção de novos estabelecimentos prisionais, bem como a criação de novas leis que criminalizem condutas e aumentem as penas aumentam a legitimidade do governo no período de modernidade recente (BAUMAN, 1999, p.126-128). Com este tipo de medidas, a popularidade dos governantes torna-se mais expressiva, tendendo a passar para a população uma imagem de severidade, de capacidade, de justiça e de combate à impunidade.

A seletividade do sistema de justiça penal é evidente, sendo desnecessário entrar de modo detalhado na discussão das razões pelas quais parte substancial dos indivíduos que cometem crimes permanecem impunes. Mesmo que a impunidade perpassasse por todos os setores sociais, costumam ser escolhidos pelo sistema geralmente pessoas de baixo poder aquisitivo e que vivem em localidades onde a pobreza e o descaso do Estado são evidentes, o que significa, claramente, que é a criminalização da pobreza o que ocorre e que a prisão perdeu (se é que algum dia teve) a função de reeducação, passando a ter um papel de segregação, de defesa social.

Para exemplificar com dados empíricos sobre a criminalização da pobreza e a seleção de indivíduos pelo sistema penal, pode-se utilizar como base um estudo

realizado pelo Departamento de Justiça Norte Americano no ano de 2005. Segundo o relatório¹⁵, concluiu-se que mais de um em cada cem adultos encontram-se encarcerados e a população prisional chega a quase 1,6 milhões. Alguns grupos da população têm seus índices de encarceramento mais altos: um em cada 36 hispânicos encontra-se preso, bem como um em cada 15 adultos negros. Outra constatação importante do estudo é a de que uma em 355 mulheres brancas está presa, enquanto uma em cada cem negras está na mesma situação.

No caso brasileiro, o aumento das taxas de encarceramento verificado na última década levou o sistema penitenciário a uma situação absolutamente caótica. O Art. 88 da LEP¹⁶, que versa sobre as condições básicas do local onde o indivíduo será encarcerado, observa a obrigatoriedade da salubridade do ambiente, devendo ser arejado, ensolarado, enfim, que seja adequado à existência humana e devendo ter área mínima de seis metros quadrados por preso está longe de ser respeitado. Os dados divulgados pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) em dezembro de 2006, quando o número de vagas do sistema penitenciário nacional era de 236.148 e a população de indivíduos presos já era de 401.236 (sendo, então, o déficit de vagas de 165.088) já demonstrava a situação limite em que se encontra o sistema prisional no Brasil.

¹⁵ Relatório do Departamento de Justiça norte-americano sobre a população carcerária daquele país, divulgado no ano de 2006. Disponível em: <<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/p05.htm>>. Acesso em: janeiro de 2008.

¹⁶ Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

Art. 88 O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

In: **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Quadro 2 – Variação dos números do sistema penitenciário brasileiro entre 2005 e 2006

	Dezembro 2005	Dezembro 2006	Varição Anual	Percentual
Total de Estabelecimentos	1.006	1.051	45	+4,47%
População do Sistema Penitenciário	296.919	339.580	42661	+14,37%
Vagas do Sistema Penitenciário	206.559	236.148	29589	+14,32%
Secretaria de Segurança Pública	64.483	61.656	-2827	-4,38%
População Prisional	361.402	401.236	39834	+11,02%
Déficit de Vagas no Sistema Penitenciário	154.846	165.088	10242	-3,97%

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

No Brasil os dados encontrados sobre a população encarcerada são muito imprecisos. Por mais que muitos pesquisadores tentem encontrar dados que sejam realmente próximos da realidade, o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) apresenta dados do último censo penitenciário realizado no ano de 1995. Apesar disso, os dados acima apresentados são fruto do esforço do DEPEN em consolidar as estatísticas produzidas pelas Secretarias Estaduais responsáveis pela administração penitenciária.

O sistema prisional é um espetáculo de horrores, que não choca a opinião pública e não comove os governantes, porque é exatamente isso o que se espera dele: a expiação da culpa, o sofrimento, a punição do corpo e da alma dos depositários das nossas mazelas sociais. O histórico descaso por parte do Estado com relação aos estabelecimentos prisionais, para além de todas as críticas ao encarceramento, impossibilita a satisfação dos fins a que a pena se destina, e inviabiliza a garantia da segurança na sociedade como um todo. O sistema carcerário brasileiro está longe de ser um meio de contenção da criminalidade, tornando-se, ao contrário, cada vez mais um dos maiores propulsores do aumento da violência¹⁷. Muito distantes do propósito de reinserir socialmente, as prisões têm contribuído para o aumento das taxas de criminalidade. O encarceramento produz reincidência: depois de sair da prisão, aumentam as chances de voltar para ela (delinqüência secundária).

¹⁷ Para uma análise das pesquisas sobre prisões no Brasil, vide SALLA, Fernando. A pesquisa sobre prisões: um balanço preliminar. In KOERNER (org.), **História da Justiça Penal no Brasil – Pesquisas e Análises**. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 107-128.

Mesmo diante da falência da capacidade de resposta do sistema penal, vítima de uma evidente sobrecarga de expectativas, e das evidências que desde a crítica criminológica vêm sendo apresentadas de que muitas vezes o processo e a condenação criminal, por sua lógica intrinsecamente estigmatizante, acabam sendo mais um fator criminógeno do que de contenção da criminalidade, ainda assim amplos setores sociais acabam, diante do medo, da insegurança e da impunidade, aderindo aos clamores de endurecimento penal.

A condenação de um indivíduo à pena privativa de liberdade vai além da simples transferência deste da vida “extra-muros” para a vida “intra-muros”. Inúmeras são as peculiaridades deste submundo prisional, dentre as quais podemos destacar a superlotação carcerária, a corrupção, a violência institucional, o ambiente completamente insalubre, a ociosidade, entre outros. Diante deste contexto, os primeiros e mais decisivos impactos da condenação criminal e conseqüente recolhimento ao cárcere, para qualquer indivíduo, são os fenômenos da prisionização e dessocialização.

Nos presos, as condições de reclusão produzem conseqüências físicas e psíquicas que contribuem também para o aumento da violência intra-muros. A rotina carcerária favorece o consumo abusivo de drogas, como mitigador da angústia produzida pelo ócio e freqüentes situações de superlotação. O sistema penal opera ainda como um grande “concentrador” de doenças, potencializando situações de vulnerabilidade anteriores, relacionadas à origem social da maioria da população penitenciária, integrada pelos setores sociais mais vulneráveis e socialmente desfavorecidos.

Diante de tal realidade, é impossível crer que a privação de liberdade possa cumprir a função de reinserir socialmente ou mesmo de prevenir o delito (prevenção especial). Ao contrário disso, esse ambiente tem sido propício ao surgimento e desenvolvimento de organizações internas, as facções prisionais, que surgem das carências e da incapacidade do sistema para garantir os direitos fundamentais dos presos, e acabam resultando em grupos hierárquicos que dominam o ambiente carcerário e estendem suas atividades para fora das prisões, em atividades como o tráfico de drogas, assaltos e seqüestros nos grandes centros urbanos¹⁸.

¹⁸ In: BARBATO JR, Roberto. **Direito informal e criminalidade: os códigos do cárcere e do tráfico**. Campinas: Millennium Editora, 2006.

Segundo Adorno e Salla (2007), o crescimento da criminalidade violenta, assim como as transformações verificadas nas formas de como ela é apresentada, ocorre no Brasil a partir dos anos 70, com as mudanças neoliberais, as quais podem ser apresentadas como consequências do processo de globalização econômica mundial (ADORNO, SALLA, 2007, p. 9-10). É a partir deste período que a criminalidade organizada se dissemina no país e passa a alcançar ganhos econômicos que vão muito além dos crimes contra o patrimônio, além de propiciar o aumento das taxas de homicídio, principalmente entre adolescentes e jovens adultos. As políticas públicas na área da segurança continuaram, por sua vez, sendo formuladas e implantadas segundo modelos tradicionais que não foram capazes de acompanhar as mudanças da criminalidade.

De acordo com os autores, até a década de 60, as ações criminosas eram marcadas por ações individualizadas e em torno do crime contra o patrimônio e, ainda que houvesse acerto de contas entre indivíduos de grupos ou quadrilhas rivais, a maior parte dos homicídios ocorria pelo desentendimento no âmbito das relações interpessoais. Já no final dos anos 60 ocorre a disseminação do consumo de drogas e, com o crescimento da atividade do tráfico de drogas, cidadãos provenientes de estratos socioeconômicos de baixa renda passam a ser cooptados para tal atividade criminosa. Deste modo, as prisões, que até então tinham sua população formada por criminosos que agiam individualmente ou formavam pequenos grupos ou quadrilhas sem laços de identidade que as mantivesse unidas por muito tempo, passam a ser marcadas pela presença de novos grupos organizados (ADORNO, SALLA, 2007, p. 13-15).

A massa carcerária brasileira, formada em sua expressiva maioria por pessoas com pouquíssimos recursos pessoais, mostra-se vulnerável às influências das facções criminosas quando ingressam no ambiente prisional. A cooptação por lideranças destas organizações ocorre, segundo Adorno e Salla, por três principais questões: medo, cálculo de vantagens e desvantagens e resignação, fator que marca fortemente a personalidade de presos que, sem perspectivas de auxílio institucional, acabam aceitando a dominação que lhes é imposta. O medo está frequentemente associado à permanente ameaça de violência física, responsável pela manutenção de um código normativo de como deve ser o comportamento dos encarcerados. Já o cálculo relacionado às vantagens e desvantagens de participar

de uma facção criminosa é realizado a partir da possibilidade de obtenção de assistência material e mesmo de autoproteção contra as arbitrariedades policiais e ataques de quadrilhas rivais (ADORNO, SALLA, 2007, p. 16-17).

A questão da exclusão social afeta grande parte da população egressa brasileira e é resultante da convergência de vários aspectos, mas tem como resultado comum a exacerbação da pobreza. A população carcerária, de modo geral, é formada por indivíduos em situação de vulnerabilidade social e econômica, e que em condições normais já teriam dificuldades de garantir a sua própria subsistência e vincular-se a redes sociais de apoio e solidariedade social. Soma-se a estas dificuldades o fato de que, ao sair da prisão, passam a carregar o estigma de ex-presidiários, o que se torna um obstáculo quase intransponível para a maioria dos egressos. Além disso, a baixa escolaridade, que é característica da quase totalidade da população carcerária, e não é enfrentada de forma efetiva pelas políticas carcerárias, dificulta ainda mais a recolocação do egresso no mercado de trabalho.

2 A sociologia do campo jurídico: o papel e a atuação dos operadores do direito

Na primeira parte do segundo capítulo desta dissertação procura-se realizar um apanhado a respeito das contribuições de teorias sociológicas e políticas para a formação de uma sociologia do direito.

Em seguida estão colocados elementos da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, autor que considera o Poder Judiciário como um subsistema fechado e autopoiético. Versa-se sobre algumas de suas idéias, pertinentes ao subsistema jurídico, buscando-se demonstrar, de acordo com as concepções do autor, como se dá seu funcionamento e quais as conseqüências de suas ações.

Os conceitos inerentes ao instrumental teórico concebido por Pierre Bourdieu, tais como habitus e capital, também são abordados no presente capítulo. Assim, através de conceitos criados pelo autor, considerados de grande relevância para que sejam analisados os dados encontrados no universo pesquisado desta dissertação, busca-se realizar um apanhado do funcionamento e reprodução do campo jurídico.

Ainda neste capítulo, é realizada uma análise sobre as características específicas do sistema jurídico brasileiro, norteadas pelas idéias de Sérgio Adorno, Kant de Lima e Marcelo Neves. Finalmente, versa-se sobre a composição do campo jurídico no Rio Grande do Sul, a partir do estudo realizado por Engelmann.

2.1 O nascimento e a função do direito na sociedade segundo a teoria política e sociológica

Escola jurídica é o termo utilizado para referir-se a um grupo de autores que compartilham determinada visão sobre qual a função do direito, quais seus critérios de validade e quais as regras de interpretação das normas jurídicas devem ser utilizadas, bem como quais são os conteúdos que o direito deveria conceber. No decorrer da história do direito, observa-se o surgimento de diferentes escolas jurídicas, cada uma sendo produto de determinada época e cultura jurídica. Ainda assim, diferentes escolas coexistem em um mesmo espaço de tempo, sendo comuns as rivalidades entre elas (SABADELL, 2002, p. 21-22).

A existência de algumas semelhanças entre tais escolas faz com que sejam classificadas em dois grandes e distintos grupos: as de princípios moralistas, que acreditam que o direito seja pré-determinado por leis inscritas na natureza das coisas e independente do contexto social, e as positivistas, que verificam o direito como um sistema de regras responsáveis pela regulamentação do comportamento social, de forma a influenciar e modificar o comportamento humano. De acordo com as idéias positivistas, o direito é elaborado com o intuito de governar a sociedade, formando uma ordem de comando através de uma dada vontade política, a qual pode ser considerada fonte do direito.

As teorias baseadas em uma idéia de direito natural podem ser verificadas a partir do período da Antiguidade Clássica, até a Idade Moderna, e seguem fortemente tendências autoritárias e dogmáticas. Estas teorias tinham por objeto o direito absoluto e imutável, o qual encontrava fundamentação na natureza, em Deus ou na Razão, dependendo da época e do autor, e foram amplamente criticadas por autores vinculados a uma perspectiva positivista, os quais concebiam o direito natural como relativo e contingente, baseado em interesses e exigências particulares relacionadas em alguns casos para a conservação social e, em outros, para a revolução (TREVES, 2004, p. 05).

Durante a Antiguidade Clássica, as idéias sobre o direito são baseadas na premissa da existência de uma lei natural, anterior a lei positiva, imutável e eterna. A existência desta “lei verdadeira”, dada pela natureza, coloca como deve ser direcionado o comportamento humano, estabelecendo a ordem e o funcionamento do mesmo (CASTRO, 2001, p. 32-33).

Já na Idade Média, passa-se a crer na existência de uma lei divina, através da qual Deus manifestaria os princípios superiores e perfeitos de conduta, da qual seria originária a lei natural. De acordo com a crença medieval, a lei natural apresentaria ao homem os princípios de uma razão eterna, que basearia a criação de uma lei humana, responsável pela aplicação da lei natural.

É somente na Renascença que o direito passa a ser observado como derivado da sociabilidade e da razão humana. Deste modo, é somente a partir do Iluminismo que o processo de laicização do direito natural passa a ocorrer (CASTRO, 2001, p. 33-34).

No que tange às teorias positivistas centradas na legislação, são observadas as idéias de três grandes autores: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Para Hobbes, autor com uma visão contratualista, baseada na idéia de que o Estado e/ou a sociedade nascem de um contrato realizado entre os homens. A partir de seu pensamento, o homem passa a ser visto como responsável por seu destino, o qual não está mais nas mãos de Deus ou da natureza (RIBEIRO, 1991, p.77).

Thomas Hobbes defende que a solidariedade não é verificada como uma característica natural do homem. Este passa a viver em sociedade com o objetivo de que suas necessidades pessoais possam ser satisfeitas, porém, é necessário observar que isso não acontece de forma harmônica. O autor observa que o ser humano no estado de natureza vive em constante guerra, uma vez que as ações do outro são sempre imprevisíveis. Neste sentido, “decorre que geralmente o mais razoável para cada um é atacar o outro, ou para vencê-lo, ou simplesmente para evitar um ataque possível: assim, a guerra se generaliza entre os homens” (HOBBS, 1988 apud RIBEIRO, 1991, p.55).

De acordo com Hobbes, as causas para o nascimento da discórdia entre os homens seriam oriundas de três fatores: competição, desconfiança e glória.

A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos de outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, que seja diretamente dirigido as suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome. (HOBBS, 1988, p. 74).

Dada a situação de freqüente confronto entre os indivíduos, Hobbes observa a necessidade da utilização de regras para que os mesmos pudessem conviver socialmente. Para aderir ao contrato social, o homem deveria abrir mão de seus direitos naturais, passando a possuir deveres sociais. Assim, nasceria o que o autor chama *lei de natureza*.

Uma *lei de natureza* (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir a sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense contribuir melhor para preservá-la. Porque embora os que têm tratado desse assunto costumem confundir *jus* e *lex*, o *direito* e a *lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, passo que a lei determina ou obriga a alguma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria. (HOBBS, 1988, p. 78).

Neste sentido, o nascimento do Estado é condição primordial para a existência da sociedade: o governo passa a existir para que os homens possam conviver em paz, para que não matem uns aos outros; e, no que se refere ao poder do Estado, Hobbes afirma a necessidade de que seja absoluto, ilimitado, de modo que possa julgar cada indivíduo sem que sua ação seja questionada (HOBBS, 1988 apud RIBEIRO, 1991, p. 61-67).

Mesmo partindo de uma idéia contratualista de que o homem sai de um estado de natureza para ingressar na sociedade, assim como Hobbes, John Locke, de modo contrário, acredita que este estado seria formado por elementos de relativa paz, harmonia e concórdia, marcado pela razão e pela existência da propriedade. Deste modo, a existência anterior da propriedade à sociedade transformaria aquela em um direito natural inalienável do indivíduo, que não pode ser violado pelo Estado (MELLO, 1991, p. 83-85).

Ainda que em seu estado natural reinasse a relativa paz entre os homens, ocorriam violações da propriedade individual. Assim, de acordo com Locke, seria necessária a realização do contrato entre os indivíduos para a criação de uma lei socialmente estabelecida, bem como da ação de um juiz imparcial e de uma força coercitiva para executar sentenças

Para evitar que todos os homens invadam os direitos dos outros e que mutuamente se molestem, e para que a lei da natureza seja observada, a qual implica na paz e na preservação de toda a humanidade, coloca-se, naquele estado, a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens, por meio da qual qualquer um tem o direito de castigar os transgressores dessa lei numa medida tal que possa impedir a sua violação. Isso porque a lei da natureza, como quaisquer outras leis que digam respeito aos homens neste mundo, seria vã se não houvesse ninguém neste estado de natureza que tivesse o poder para pôr essa lei em execução e desse modo preservar o inocente e restringir os infratores. (LOCKE, 1966 apud MELLO, 1991, p. 91-92).

O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade. Para este objetivo, muitas condições faltam no estado de natureza. Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita mediante sentimento comum, como padrão do justo e injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens. (LOCKE, 1966 apud MELLO, 1991, p. 99)

Também de forma diversa ao pensamento hobbesiano, a partir do qual o contrato social se dava como um pacto de submissão, John Locke afirma que o estabelecimento de um pacto entre os homens se dá pelo consenso entre os mesmos.

Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil, os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei do árbitro e da força comum de um corpo político unitário. (MELLO, 1991, p. 86).

Assim, pode-se observar que para Locke, o livre consentimento dos indivíduos para a formação da sociedade e para a formação de um governo responsável pela defesa da propriedade individual são os princípios fundamentais que norteiam seu pensamento.

Diferentemente de Hobbes e Locke, Rousseau não acredita na existência de um estado de natureza, uma vez que diz ignorar o processo de transformação humano, da liberdade à escravidão e que os vestígios deixados pelos homens ao longo da história seriam insuficientes para que se pudesse ter uma idéia mais precisa acerca de toda a sua história (NASCIMENTO, 1991, p.195).

É a partir de sua visão sobre o pacto social, sobre o qual afirma não conhecer o momento em que é fundado, que Rousseau tenta estabelecer quais são as condições necessárias para a formação de um pacto legítimo, marcado pela condição de igualdade entre os homens, por meio do qual, após terem perdido suas liberdades individuais, ganhem em troca, na mesma medida, liberdades civis, até então afetadas pelo processo de servidão ao qual acredita que a sociedade seja vítima (NASCIMENTO, 1991, p.195-198).

É Montesquieu (1689-1755) o primeiro autor a desenvolver uma idéia de lei científica para as ciências humanas. Seu pensamento é formado a partir de uma

análise sobre a variabilidade e a relatividade das leis, a partir de sua comparação com fatores naturais e sociais, como clima, número de habitantes, relações políticas entre eles, etc. (ARNAUD, DULCE, 2000, p. 56-57).

Até Montesquieu, a noção de lei era compreendida sempre como ligada à Deus, exprimido uma certa ordem natural, relativa à vontade divina. De maneira diversa, o autor coloca que as leis equivalem a relações necessárias que derivam da natureza das coisas, sendo a uniformidade do comportamento e organização humana passíveis de serem verificados, ainda que não sejam as leis que regem as relações entre os homens, mas as leis positivas, criadas pelos homens para regular suas relações, seu principal objeto de interesse (ALBUQUERQUE, 1991, p. 115).

A construção de uma sociologia do direito contou, de modo expressivo, com a contribuição de importantes doutrinas sociológicas e políticas. Observa-se a colaboração sociológica como marcada pelas percepções de Auguste Comte (1798-1857) e Émile Durkheim (1858-1917), e a colaboração política por idéias de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895).

De acordo com Comte, o direito deveria ser analisado como um sistema dependente da sociedade no qual está inserido, podendo sempre ser reduzido a fatores passíveis de serem socialmente observados. Neste sentido, a ciência do direito teria por objetivo descobrir as leis gerais que baseiam o desenvolvimento ou mesmo a deterioração da sociedade (COMTE, 1816-28 apud TREVES, 2004, p. 37).

Assim, para Comte a lei seria um poder determinante para as formas de ação em sociedade, baseadas na ampla variedade de forças que estariam voltadas a um propósito comum, sendo necessária a análise de cada uma destas forças para que uma idéia do conjunto das mesmas fosse compreendido (TREVES, 2004, p. 24). Para que tal compreensão seja possibilitada, Comte aponta quais as forças que devem ser examinadas para a verificação de seu significado.

[...] “as forças que agem sobre um governo e levam-no seja a ordenar certos comportamentos, seja a proibir outros”; a influência exercida por uma parte da população sobre outra através do exemplo e da opinião pública; “as necessidades, paixões, idéias ou preconceitos das diversas frações que compõem a população”; as opiniões religiosas que “freqüentemente contribuem para determinar um certo gênero de ação”; e, enfim, as diversas condições naturais, físicas e geográficas nas quais “os homens se encontram e que determinam sua maneira de viver, suas idéias, seus costumes e seus relacionamentos recíprocos”. (COMTE, 1837 apud TREVES, 2004, p. 24).

Ao se opor a noção de direito natural, Comte observa que o poder colocado nas mãos de legisladores por autores jurisnaturalistas seria responsável por torná-los semelhantes a “gênios divinos”, colocando-os em um nível superior ao do restante da humanidade e, continua sua crítica ao pontuar que, quando suas obras são analisadas com atenção, pode-se perceber a limitação dos mesmos legisladores à descrição simples dos fatos materiais produzidos por leis já existentes (COMTE, 1837 apud TREVES, 2004, p. 25).

Já Émile Durkheim observou o direito como fenômeno social: a sociedade humana é o meio onde o direito nasce e se desenvolve, uma vez que para o autor a idéia de direito está ligada a idéia de conduta, de organização e de mudança sociais. Mesmo adotando a metodologia positivista de Comte, Durkheim criticou seu caráter filosófico e metafísico, insistindo, assim, na necessidade de que a pesquisa empírica sempre seja realizada antes que se façam afirmações e sejam elaboradas leis sociais (DURKHEIM, 1973 apud SABADELL, 2002, p.44).

Contrariando a crença comtiana de haver encontrado uma dinâmica social que desse conta do funcionamento de todas as ações sociais realizadas em todas as sociedades, Durkheim aponta que

[...] é da própria natureza das ciências positivas não serem jamais acabadas, As realidades de que tratam são muito complexas para poderem ser algum dia esgotadas. Se a sociologia é uma ciência positiva, pode-se garantir que ela não se limita só a um problema, mas, ao contrário, abrange diferentes partes, quais sejam, as ciências distintas que correspondem aos diversos aspectos da vida social. (DURKHEIM, 1995, p. 42)

De acordo com o método utilizado pelo autor, todo o sociólogo deve estudar a sociedade de forma objetiva: os fatos sociais devem ser observados como coisas. A sociedade para Durkheim é como um organismo, o qual se desenvolve de modo autônomo, não dependendo da vontade dos indivíduos e nem de seus desejos, mas de fatos sociais objetivos. Para o autor

É fato social toda a maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sob o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter. (DURKHEIM, 1995, p.52).

Um fato social pode ser reconhecido a partir do poder de coerção externa que exerce ou que pode exercer sobre os indivíduos que compõem o grupo social e sua

presença pode ser verificada quando uma sanção é aplicada a uma da ação social que se opõe a ele, através de uma norma social determinada.

Esses tipos de conduta ou de pensamento [maneiras de agir, de pensar ou mesmo sentir, observadas pelos indivíduos em uma dada sociedade] não são apenas exteriores ao indivíduo, são também dotados de um poder imperativo e coercitivo, em virtude do qual se lhe impõem, quer queira, quer não. Não há dúvida de que esta coerção não se faz sentir, ou é muito pouco sentida quando com ela me conformo de bom grado, pois então torna-se inútil. Mas não deixa de constituir caráter intrínseco de tais fatos, e a prova é de que se afirma desde que tento resistir. Se experimento violar as leis do direito, estas reagem contra mim de maneira a impedir meu ato se ainda é tempo; com o fim de anulá-lo e restabelecê-lo em sua forma normal se já se realizou e é reparável; ou então para que eu o expie se não há outra possibilidade de reparação. (DURKHEIM, 1995, p. 47).

Para Durkheim, as regras do direito constituem-se em fatos sociais de grande relevância, uma vez que impõem aos indivíduos modos de comportamento e outras obrigações sociais, mecanismos que são responsáveis pela formação de uma coesão social. A estrutura de relações e vínculos entre os indivíduos é denominada pelo autor de solidariedade social, a qual só pode funcionar a partir do momento em que existam normas de controle e de constrangimento que devem ser aplicadas aos indivíduos que, ao não respeitarem as normas em vigor, ameaçam a coesão social.

Onde existe solidariedade social, apesar do seu caráter imaterial, ela não permanece no seu estado puro, mas manifesta sua presença pelos seus efeitos sensíveis. Quando ela é forte, aproxima os homens uns dos outros, coloca-os freqüentemente em contato, multiplica as oportunidades de seu relacionamento. [...] Quanto mais solidários sejam os membros de uma sociedade, mais eles mantêm relações diversas, seja uns com os outros, seja com o grupo tomado coletivamente. Porque se seus contatos fossem raros, eles não dependeriam uns dos outros, senão de maneira frágil e intermitente. Por outro lado, o número de relações é necessariamente proporcional àquele das regras jurídicas que o determina. Com efeito, a vida social sempre que exista de maneira durável, tende inevitavelmente a assumir uma forma definida e se organizar. E o direito não é outra coisa senão essa própria organização, naquilo que ela tem de mais estável e preciso. [...] Podemos portanto estar seguros de ver refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social. (DURKHEIM, 1995, p. 67).

Segundo Durkheim, as sociedades divergem quanto ao tipo de direito predominante em sua organização, variando de repressivo, munido de sanções repressivas que implicam a censura social e que exigem a expiação, à restitutivo, observado como exigência do restabelecimento dos elementos sociais as suas condições originais, marcado pelas ações de reparação.

Existem dois tipos [de regras jurídicas]. Uma consistem essencialmente num castigo, ou pelo menos numa redução infligida ao agente; outras têm por objetivo atingi-lo na sua fortuna, na sua honra, na sua vida ou na sua liberdade, privá-lo de alguma coisa que ele usufrute. Diz-se que elas são repressivas; é o caso do direito penal. [...] Quanto ao outro tipo, não implica necessariamente um sofrimento do agente, mas consiste apenas no restabelecimento do estado de coisas anterior, na renovação das relações afetadas na sua forma normal, tanto que o ato incriminado seja recambiado à força à norma de que se desviou, quanto seja anulado, isto é, privado de todo valor social. (DURKHEIM, 1995, p. 70).

Nas sociedades consideradas pelo autor como mais primitivas, onde a solidariedade de tipo mecânica é a principal força que une os indivíduos, formada a partir da semelhança entre os indivíduos e somente é possível quando a personalidade individual é absorvida pela coletiva, prevaleceria a utilização do direito de tipo repressivo, assim como, nas sociedades mais evoluídas, unidas pelo sentimento de solidariedade de tipo orgânica, formada a partir da diferença entre os indivíduos e dependente da divisão do trabalho social, o direito restitutivo seria mais utilizado (TREVES, 2004, p. 50-55).

A escola sociológica positiva marxista inicia-se com as obras e as atividades políticas de Karl Marx e Friedrich Engels, autores que foram responsáveis por inúmeras obras de interesse filosófico e político, nas quais as questões ligadas à doutrina do direito e da sociedade estão sempre voltadas para a concepção conflitual da sociedade.

Na escola marxista, parte-se do princípio de que o direito é um fenômeno que pressupõe o Estado: a existência de uma sociedade politicamente organizada e com órgãos com capacidade de estabelecer regras e impor o cumprimento das mesmas é que permitem o nascimento de um Estado.

Isto significa que o direito apenas confirma e fortalece as relações sociais, aplicando regras a situações sociais preexistentes. Marx observou que o direito desenvolvido na sociedade capitalista estabelece normas universais e uniformes para sujeitos desiguais, perpetuando assim as diferenças sociais, baseadas na exploração do trabalho das classes populares pelos detentores do capital. Na visão marxista, o direito não é um fenômeno autônomo, nem exprime ideais abstratos (igualdade, liberdade, justiça, ordem, segurança). O direito corresponde às relações econômicas que predominam na sociedade. A sociedade encontra-se dividida em classes, desenvolvendo-se um processo de dominação e de repressão das classes inferiores por parte das classes privilegiadas, que detêm o poder. O direito reflete esta realidade social, sendo que sua configuração social corresponde às relações que se dão entre as classes sociais. (SABADELL, 2002, p. 43-44).

Para os marxistas é impossível a existência de um Estado sem direito e vice-versa, assim como o direito sempre aparece como uma expressão dos interesses das classes economicamente dominantes. Assim, o direito é apresentado como um meio de reprodução da exploração da força de trabalho daqueles que estão inseridos nas classes economicamente inferiores e são dominados pelos instrumentos ideológicos e políticos de dominação burguesa; como instrumento de manutenção da ordem de desigualdade social.

As idéias de Marx e Engels, no que se refere ao estudo de uma sociologia do direito, estão ligadas tanto ao problema da posição e da função do direito em sociedade, quando a questionamentos quanto a sua origem na sociedade. O desenvolvimento das sociedades, observado a partir das transformações sofridas pela instituição familiar e propriedade, é o fator responsável pela criação de normas para a manutenção e reconhecimento social da propriedade privada, a qual domina e vive em constante conflito com a classe não-detentora da propriedade (TREVES, 2004, p. 80-83). O nascimento do Estado seria consequência, segundo Engels, da sociedade dividida em classes e como produto da mesma, a qual estaria marcada por antagonismos sociais frente aos quais estaria impotente, e, para que a própria sociedade não seja destruída pelos conflitos gerados pelo antagonismo. Diante de tais antagonismos nasce a necessidade de um força que seja superior à sociedade, que suavize seu conflito e que o mantenha nos limites da ordem.

A idéia de uma sociologia compreensiva, a qual abre novas perspectivas à sociologia tradicional, surge a partir de Max Weber (1864-1920), negando o positivismo de Comte e Durkheim, a partir do qual a sociologia é apresentada como uma ciência descritiva, lançando mão de um método qualitativo e histórico. É neste sentido que Weber vai buscar interpretar a ação social: através da formulação de hipóteses interpretativas, que buscam explicar o seu desenvolvimento e consequências de maneira causal, o autor acredita na sociologia como uma ciência empírica da ação (ARNAUD, DULCE, 2000, p. 91-92).

A contribuição sociológica de Weber é marcada pela tentativa do autor de chegar à noção de atividade social sem que seja realizada uma análise valorativa das estruturas sociais, mas pela compreensão de seu funcionamento a partir da verificação de como os indivíduos avaliam, utilizam, criam e destroem as diferentes

relações sociais. O que interessa a Weber é como o homem se comporta em sociedade, como forma suas relações e como as transforma (FREUND, 2000, p. 68).

Para compreender o desenvolvimento dos fenômenos histórico-sociais a partir da explicação causal proposta, valendo-se de modelos que direcionam e baseiam as ações e julgamentos humanos, Weber utiliza um instrumento conceitual particular que chama de “tipo ideal”, considerados

[...] esquemas conceituais obtidos mediante a acentuação unilateral de um ou de alguns pontos de vista e mediante a conexão de uma quantidade de fenômenos particulares difusos e discretos existentes aqui em maior e lá em menor grau e à vezes também ausentes, correspondentes aos pontos de vista unilateralmente destacados em um quadro conceitual em si unitário. (WEBER, 1961 apud TREVES, 2004, p. 154).

A preocupação de Weber voltada à atividade social pode ser verificada através das relações significativas pelas quais os indivíduos orientam seu comportamento uns em relação aos outros. Neste sentido, para que exista relação social, é necessária a reciprocidade entre os indivíduos para que haja um sentido para a orientação de um comportamento social.

A necessidade de reciprocidade não significa que a relação social possua o mesmo significado para aqueles indivíduos que participam dela, mas para que ela possa ter uma durabilidade relativa, deve possuir regularidades, que são marcadas pelos usos e costumes.

O uso consiste na oportunidade de uma regularidade persistir em um grupo pelo fato de a seguirem praticamente. Torna-se costume quando a regularidade toma o caráter de uma rotina ou de uma familiarização. A característica essencial dessas duas regularidades reside no fato de não serem elas obrigatórias, de não serem elas garantidas exteriormente por um constrangimento, ou seja, os indivíduos as observam livremente, por comodismo, por encontrarem nelas seus interesses. (WEBER, 1965 apud FREUND, 2000, p. 93).

Já ao agir socialmente sob efeito de um constrangimento mais ou menos consciente e perceptível, o indivíduo se submete a uma ordem legítima. A ordem obedecida por costume, de acordo com Weber, costuma ser mais estável do que a que é imposta aos indivíduos, salvo quando é legítima, podendo ser conceituadas como convenção ou direito. Como convenção podem ser caracterizadas as ordens marcadas pelo constrangimento formal realizado pelo grupo social, que guiam a maneira de agir do indivíduo e, como direito o

constrangimento material ou institucional do grupo, sendo a ordem deste tipo garantida pelo constrangimento físico ou psíquico que um órgão socialmente instaurado possa castigar o infrator (WEBER, 1965 apud FREUND, 2000, p. 93-94).

Weber analisa convenção e direito como dominação, a qual observa como um dos elementos mais importantes para que seja compreendida a ação social e, mesmo que nem todas as formas de ação apresentem uma estrutura que implica dominação, na maioria de suas formas, ela desempenha um papel considerável mesmo nas ações sociais em que não aparece à primeira vista.

Todas as áreas da ação social, sem exceção, mostram-se profundamente influenciadas por complexos de dominação. Num número extraordinariamente grande de casos, a dominação e a forma como ela é exercida são o que faz nascer, de uma ação social amorfa, uma relação associativa racional, e noutros casos, em que não ocorre isso, são, não obstante, a estrutura da dominação e o seu desenvolvimento que moldam a ação social e, sobretudo, constituem o primeiro impulso, a determinar, inequivocamente, sua orientação para um objetivo. (WEBER, 1999, p. 187).

As relações sociais permeadas por dominação, para Weber, estão pautadas no conceito de poder, o que significa que um ou mais indivíduos, no caso, dominantes, possuem a possibilidade de impor ao comportamento de outros, os dominados, sua vontade. O autor considera dois tipos radicalmente opostos de dominação: o primeiro diz respeito àquele em que a dominação ocorre devido a uma quantidade substancial de interesses e o segundo está ligado aos casos em que a dominação se dá em virtude do poder de uma autoridade, relativa ao poder de mando e dever de obediência.

O processo de dominação que interessa a Weber ocorre tanto externa quanto internamente: é externado quando os indivíduos dominados obedecem às normas sociais estabelecidas e internamente quando as normas sociais são internalizadas e são aceitas como racionais e obrigatoriamente devem ser cumpridas (WEBER, 1999, p. 190-192). Para o autor, a dominação depende de alguns princípios para sua legitimação. Estas regras são racionalmente criadas, podendo ser pactuadas ou impostas, cumprindo o papel de obrigações a serem respeitadas. Neste caso, o(s) possuidor(es) do poder de mando tem sua legitimidade apoiada em um sistema de regras racionais quando as respeita, agindo de acordo com seus princípios.

Obedece-se às regras e não à pessoa, ou então baseia-se o poder de mando em *autoridade pessoal*. Esta pode encontrar seu fundamento na *tradição* sagrada, isto é, no habitual, no que tem sido assim desde sempre, tradição que prescreve obediência diante de determinadas pessoas, ou ao contrário, pode basear-se na entrega ao extraordinário; na crença no carisma, isto é, na revelação atual ou na graça concedida a determinada pessoa – em redentores, profetas e heroísmo de qualquer espécie. A estas situações correspondem os tipos fundamentais “puros” da estrutura de dominação, de cuja combinação, mistura, adaptação e transformação resultam as formas que encontramos na realidade histórica. Quando a ação social de uma formação de dominação se baseia numa relação associativa racional, encontra seu tipo específico na “burocracia”. A ação social, numa situação vinculada a relações de autoridade tradicionais, está tipicamente representada pelo “patriarcalismo”. A formação de dominação “carismática” apóia-se na autoridade não racionalmente nem tradicionalmente fundamentada de personalidades concretas. (WEBER, 1999, p. 198).

A legitimidade estatal, baseada na adesão voluntária dos cidadãos às ordens que do Estado emanam, dependente da aceitação dos indivíduos, e é verificada a partir da sua submissão à autoridade do Estado, justificada pela crença de que a conduta por ele imposta deve ser seguida. A validade das normas é fundada no fato de terem sido produzidas de acordo com regras anteriormente estabelecidas e verificadas na Constituição do Estado.

A composição do direito moderno, composto por normas abstratas de que determinada situação deva ter determinadas conseqüências jurídicas, é outra questão tratada por Weber. De acordo com o autor, as normas (ou disposições jurídicas) podem ser de três tipos: imperativas, proibitivas e permissivas; e é a partir dessas disposições jurídicas que nascem os direitos subjetivos individuais de permitir, proibir ou ordenar aos outros determinadas ações. É na esteira destas idéias que o autor observa as normas jurídicas como socialmente correspondentes às expectativas sociais que outras pessoas façam determinada coisa, que deixem de fazer uma outra ou que podem escolher se querem ou não agir de determinada forma, sem a intervenção de terceiros (WEBER, 1999, p. 14-15).

Como principal qualidade formal do direito moderno, Weber observa, através do desenvolvimento jurídico, a particularização crescente do direito. Neste sentido, a separação do direito em diferentes tipos, aos quais são referentes diferentes procedimentos particulares e tribunais apropriados, ocorre como conseqüência de dois processos: a diferenciação profissional vivida pela sociedade moderna e a “consideração crescente conseguida pela pressão dos interessados no comércio e

na produção industrial de bens organizada em empreendimentos” (WEBER, 1999, p. 143). Um terceiro fator apontado pelo autor seria ainda

[...] o desejo de evitar as formalidades dos procedimentos jurídicos normais, no interesse de uma justiça mais rápida e mais adaptada ao caso concreto. Praticamente isso significa uma debilitação do formalismo jurídico por interesses materiais. (WEBER, 1999, p. 143).

Segundo Weber, o processo de racionalização do direito não ocorreria, necessariamente, unido ao seu processo de particularização. Assim, a particularização que ocorreria desvinculada da racionalização geraria a imprevisibilidade das decisões judiciais, sendo apresentada em maior grau a subjetividade do julgador, durante o processo de tomada de decisão.

A tendência de dissolução do formalismo jurídico tem como característica uma apreciação jurisprudencial mais livre das provas. Para Weber, o ato de apreciação de provas é marcado no direito moderno por aquilo que denomina de interesses do tráfico de bens, isto é, por valores econômicos socialmente considerados. Esta opção levaria ao atendimento dos interesses individuais daqueles que são possuidores de bens economicamente superiores.

Com a importância crescente do tráfico de bens, aumenta, por isso, na prática jurídica, a necessidade de uma garantia para este tipo de comportamento, que, devido a sua natureza, não pode ser formalmente circunscrito com exatidão. Essa racionalização, no sentido da ética de convicção, por parte da prática jurídica, atende, portanto, a interesses poderosos. Mas também, para além do tráfico de bens, a racionalização do direito, em geral, coloca a convicção em primeiro plano, como o propriamente significativo, em vez da avaliação, segundo o decorrer externo. (WEBER, 1999, p. 145).

Assim, o direito é observado pelo autor como o produto da atividade dos interessados no direito, os quais seriam fortemente influenciados por juristas. Desta maneira, a lei não seria verificada, na prática, como produto da atividade do poder legislativo, uma vez que, ao ser entregue à responsabilidade dos operadores do poder judiciário, passa a ser aplicada de modo irracional e valorativo (WEBER, 1999, p. 148-152). Logo, por mais que o legislativo seja responsável pela elaboração legal, é o modo como as leis serão aplicadas pelos juízes o que irá definir seus práticos contornos sociais.

2.2 A teoria sistêmica de Niklas Luhmann

No sentido de compreender como se dá o funcionamento do sistema jurídico, o sociólogo alemão Niklas Luhmann parte de idéias de Talcott Parsons para desenvolver sua teoria sociológica. Porém, ainda que se baseie em idéias de Parsons, Luhmann se opõe ao seu estruturalismo funcional e inverte a lógica de conceitos parsonianos como estrutura e função, sustentando que o problema fundamental da análise sociológica não deve mais estar baseado na individualização das condições necessárias para a existência e permanência de determinadas estruturas sociais, mas sim individualizar as condições pelas quais algumas funções essenciais para o sistema social podem ser realizadas (TREVES, 2004, p. 328-329). Sua teoria é criada com vistas a compreender a complexidade social para que o funcionamento da sociedade seja mais facilmente apreendido.

A complexificação da sociedade é considerada por Luhmann (1994) como elemento responsável pela impulsão de uma evolução para a modernização social. Para o autor, a sociedade considerada moderna é aquela na qual as ações sociais estariam impregnadas pelo racionalismo, de modo que condutas tradicionais (irracionais) perderiam, paulatinamente, seu espaço no meio social.

O aumento da complexidade social pode ser entendido como a presença de um número crescente de alternativas ou possibilidades em relação àquelas que são suscetíveis de serem realizadas (LUHMANN, 1987 apud NEVES, M., 2006, p. 15). Deste modo, ao considerar o número, a diversidade, assim como a interdependência de ações sociais possíveis, Luhmann conclui que a sociedade moderna é enormemente complexa.

No sentido de que possa haver a maior possibilidade de compreensão do funcionamento da sociedade moderna, o autor lança mão de idéias baseadas no estrutural-funcionalismo, reelaboradas em sua teoria dos sistemas. A teoria sistêmica de Luhmann propõe a divisão de um grande sistema social em subsistemas marcados pela diferenciação funcional, de modo a compreender sua formação, funcionamento e reprodução.

A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido e, portanto, também ao direito. Ao mesmo tempo, a sua riqueza de possibilidades contém o potencial, se bem que não a garantia, de novas formas de solução dos problemas. O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social. A diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para a resolução de problemas sociais específicos. (LUHMANN, 1983, p. 225).

O autor distingue três tipos fundamentais de sistemas, caracterizados como auto-referentes: os sistemas vivos, referentes às operações vitais; os psíquicos, que dizem respeito à consciência e ao modo de operação; e os sistemas sociais, os quais são constituídos basicamente pelas comunicações.

Luhmann se dedica ao estudo dos sistemas sociais como auto-referentes, autopoieticos que se compõem de comunicações. O conceito de comunicação em Luhmann é um processo de seleção que sintetiza informação, comunicação e compreensão. Como um processo auto-referente, comunicação não exclui consenso nem dissenso. Na comunicação pode haver consenso, mas isso não significa que as pessoas estejam mais próximas umas das outras. (NEVES, C., 1997, p.16).

Luhmann ainda distingue sistemas sociais e indivíduos: os primeiros são sistemas comunicativos, os quais se reproduzem pelo fato de estarem inseridos em um processo contínuo em que ligam comunicações a outras comunicações como uma conexão de sentido de ações que se referem umas às outras e estão delimitadas frente a um meio ambiente (entorno). Assim, o autor verifica a sociedade como um composto formado por comunicações entre os indivíduos e não pelos indivíduos em si (NEVES, C., 1997, p.16). Os indivíduos fazem parte do sistema psíquico, o qual está ligado à consciência, que é produtora de pensamento: o ser humano constitui-se, enquanto indivíduo, em parte do meio ambiente do sistema social, fonte geradora de complexidade. Logo, a teoria de Luhmann não parte dos seres humanos para explicar o funcionamento da sociedade como fazem as teorias sociológicas clássicas, mas da relação entre esses, ou seja, das comunicações, de modo a facilitar a compreensão, através de sua teoria dos sistemas, da sociedade complexa.

Luhmann pensa a sociedade como um sistema social no qual as relações entre as ações sociais são constantes, mesmo estando em um ambiente marcado pela complexidade e pela contingência¹⁹. Para que seja possível tal estabilidade,

[...] o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões. Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente. A complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação a seu ambiente. (LUHMANN, 1983, p. 168).

A sociedade é para o autor o sistema social que garante a todos os outros sistemas um ambiente de menor complexidade, no qual a aleatoriedade das possibilidades já foi excluída.

Nesse sentido a estrutura da sociedade possui uma função de desafogo para os sistemas parciais formados na sociedade. Essa correlação é válida também no sentido inverso: na medida em que os sistemas na sociedade sejam capazes de suportar um ambiente mais complexo – seja por organização ou por amor – a sociedade como um todo pode ganhar em complexidade e tornar possíveis formas mais variadas do experimentar e do agir. (LUHMANN, 1983, p. 168).

O direito é visto por Luhmann como uma estrutura cujas formas de seleção e limites são definidos pelo sistema social. Ele é imprescindível enquanto estrutura: sem a existência de expectativas comportamentais normativas, os homens não teriam como orientar-se entre si, já que não haveria a possibilidade de previsão de comportamentos sociais.

A formação do direito na sociedade se dá pela contingência e pela complexidade das possibilidades plausíveis que surgem na totalidade das relações interpessoais, que sobrecarregam os indivíduos. Esta sobrecarga é responsável por gerar a necessidade de que existam expectativas comportamentais baseadas em normas (LUHMANN, 1983, p. 173).

A evolução da sociedade como sistema social mais abrangente equivale à evolução dos subsistemas funcionais. A evolução do subsistema jurídico apresenta-

¹⁹ Por contingência, Luhmann entende o perigo de desapontamento que pode ser gerado na realização de determinada escolha, possibilitada por diversas alternativas (oportunizadas pela complexidade social). Este conceito possui também a idéia de necessidade de que sejam assumidos os riscos de tomadas de decisões In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46.

se através da variação evolutiva pela comunicação de expectativas normativas inesperadas, as quais aparecem como desvios dentro do subsistema. Quando esses passam a ocorrer com frequência, conduzem à produção de novas estruturas normativas que condicionam a continuidade de tal inovação. Deste modo, o que inicialmente era considerado desvio passa a ser normatizado (NEVES, M., 2006, p. 18-19).

De acordo com Luhmann, o subsistema jurídico deve ser considerado como auto-referente, uma vez que constitui, por si mesmo, tudo aquilo que se apresenta como unidade para seu funcionamento. Para que o sistema possa indicar o que será ou não utilizado como unidade, que deve ser continuamente reproduzida, é necessário um processo de distinções, ou seja, a existência e a utilização de um código binário que permita a redução da complexidade do entorno para o sistema (LUHMANN, 1994, p.2). O código binário não pode ser considerado como objeto de um sistema: é dado à priori, é preceito básico de sua existência e, assim sendo, não é questionável.

Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico) o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei. (LUHMANN, 1994, p. 2).

De acordo com Luhmann, na sociedade moderna, o direito apresenta-se como um subsistema baseado no controle de um código-diferença lícito/ilícito, o qual é utilizado apenas por ele, fator que implicaria em seu fechamento operacional. Este fechamento se dá pelo fato do subsistema estar normativamente fechado a influências externas, mas aberto cognitivamente, fator que lhe dá a possibilidade de assimilar, de acordo com seus próprios critérios de assimilação, fatores do ambiente no qual está inserido, mas de forma que estes fatores não influenciem diretamente seu funcionamento.

O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A qualidade normativa serve à auto-possessão do sistema, a cognitiva serve à concordância desse processo com o ambiente do sistema. (NEVES, M., 2006, p. 81).

O fechamento normativo impede a confusão entre o subsistema e seu ambiente, já que impede a influência direta de interesses econômicos, critérios

políticos ou mesmo de representações éticas, uma vez que tudo acaba sendo filtrado pelo próprio subsistema jurídico através de seus critérios internos. No que diz respeito a sua abertura cognitiva, Luhmann acredita que é esta característica que irá permitir o aprendizado com o ambiente além de possibilitar uma conexão entre os mesmos.

O subsistema jurídico é um sistema funcional com a capacidade, pelo auxílio de suas próprias operações, de contribuir para a auto-produção do sistema social. Assim, este subsistema passaria a contribuir para a construção da sociedade, tarefa que lhe foi colocada, bem como para todos os outros subsistemas do sistema social global, tais como a política, a economia, a religião e a educação, dos quais o subsistema jurídico difere especificamente (LUHMANN, 1983 apud ARNAUD, 1999, p. 737). O fato de o subsistema jurídico ser operacionalmente fechado (autônomo) faz com que somente ele possa afirmar, de acordo com seu código binário, o que é ou não legal segundo o direito, não aceitando terceiras possibilidades (uma vez que atua de acordo com um dado código binário) ou contradições, é somente através de um observador externo que a lógica do sistema pode ser verificada.

[...] existem duas inovações interessantes para uma sociologia do direito que busca fundamento na teoria: elas repousam cada uma em um postulado, a diferenciação, sob o impulso da teoria geral dos sistemas, é concebida como o estabelecimento de relações entre o sistema e o seu ambiente: o fechamento, quanto a ele, é a condição fundamental da diferenciação. Trata-se aí de um fechamento auto-referencial, pois os sistemas não possuem nenhum outro meio para distinguir suas próprias operações das operações de seu ambiente. (ARNAUD, 1999, p. 737).

Assim, a sociologia jurídica teria um papel fundamental para a compreensão do subsistema jurídico, tendo como objeto os efeitos que este sistema produz no meio, considerando os possíveis problemas futuros relacionados às transformações sociais produzidas por mudanças ocorridas no interior do sistema normativo.

A maior dificuldade apresentada pela aplicação dos métodos sistêmicos para a sociologia do direito está relacionada com a própria natureza dessa disciplina. Com efeito, o sociólogo tenderá a privilegiar, no direito, sua qualidade de subsistema do sistema social global em detrimento da normatividade bastante singular e especial que o caracteriza enquanto o jurista limitará facilmente os efeitos da análise sistêmica ao estudo das relações entre elementos (fala-se mais hoje em dia em atores) – e é uma escolha metodológica, e não uma moda – que compõem o sistema social. Essas relações são amplamente contestadas pelos juristas que compreendem o direito como um sistema fechado. (ARNAUD, 1999, p. 733-734).

O direito enquanto sistema social teria para Luhmann a função de generalizar as expectativas normativas de comportamento, garantindo com isso a coesão social, mesmo com a existência de conflitos. Ele não seria capaz de garantir que todas as expectativas sociais fossem atendidas, mas, ao mesmo tempo, teria a função de garantir a sua manutenção enquanto expectativas. Deste modo, a normatividade criaria uma espécie de estabilidade contra a intrusão dos fatos, protegendo as expectativas e eliminando a possibilidade do conhecimento dos conflitos e da adaptação a eles.

Referindo-se ao tratamento das expectativas, existe necessariamente uma opção do contraponto do tipo legal-ilegal, excluindo qualquer possibilidade e contradição (o legal é ilegal) ou de uma intervenção exterior (motivação utilitarista, oportunidade política, etc.). A diferenciação do sistema jurídico se diferencia, então, mediante um código binário que preenche várias funções: simulação do problema da decepção das expectativas, controle da coerência interna do sistema, garantia da reprodução autopoietica deste último. A partir desse momento, o sistema só pode desenvolver processos reflexivos, assegurando a regulação e a transformação do direito. (ARNAUD, 1999, p. 738).

O racionalismo extremo da sociedade moderna deve simplificar os conflitos, que passam a ser observados segundo a lógica binária do subsistema jurídico, de modo a serem equacionados. Desta forma, deixa de ser questionado o que é ou não justo, sendo considerado apenas aquilo que se legitima pelo procedimento e não pelo conteúdo material da decisão perante o subsistema.

A crítica feita por Sousa Santos (2000) em relação ao processo que denomina “judicização do mundo social” está direcionada no sentido de que este é responsável pela destruição da dinâmica orgânica e de padrões internos de autoprodução e auto-reprodução de diferentes esferas sociais, como, por exemplo, educação, economia e família. Mesmo que este processo vise à integração social, ele acaba por promover desintegração.

Outra consequência apontada pelo autor é a presença de disfunções modernas, ligadas ao crescimento da ineficácia, sobrecarga e materialização do direito, como a que se apresenta a partir da expansão e do aprofundamento da autoridade reguladora do direito sobre a sociedade.

Finalmente, as disfunções redundam numa ineficácia do direito: é muito provável, ou até quase certo, que a discrepância da lógica interna e da autoprodução dos padrões do direito com os das outras esferas da vida social por ele reguladas torne a regulação jurídica ineficaz ou contraproducente. (SOUSA SANTOS, 2000, p. 158).

A crítica de Sousa Santos em relação à teoria sistêmica está centrada na questão da natureza autopoietica do direito, uma vez que, de acordo com o autor, ela parte, na verdade, de um vasto programa de processualização e de reautonomização do direito (SOUSA SANTOS, 2000, p. 160). Deste modo, a ideia de sobredeterminação política, na qual ocorre a redução operacional do direito frente ao Estado, que o torna instrumento de intervenção estatal durante o século XIX, mostra-se de grande importância para que seja compreendida a crítica do autor.

O processo de sobredeterminação política prossegue com o desenvolvimento do intervencionismo estatal no Estado-Providência (período entre o pós-guerra e anos 70), que modifica as condições do direito moderno, mas sem significar uma crise do direito em si. A verdadeira crise se dá nas áreas sociais que são reguladas pelo direito e é responsável por demonstrar a real necessidade de força política para que fosse garantida a continuidade de medidas estatais de proteção social para as camadas populares. Este processo vai mostrar que a produção do sistema jurídico se deu em função do Estado, através de seu poder de sobredeterminação.

2.3 Pierre Bourdieu e a análise do funcionamento e reprodução do campo jurídico

Para a análise das relações que se dão no espaço de atuação do campo jurídico, assim como se dá seu funcionamento, é necessária a utilização de instrumentos que possibilitem a compreensão de tal realidade. Deste modo, para que seja construída uma noção da forma como atuam os operadores do direito,

pode-se lançar mão do instrumental teórico construído por Pierre Bourdieu, o qual possibilita a análise de como são construídas as relações de hierarquização, de reprodução de valores e ações que ocorrem no campo jurídico.

Bourdieu (1989) considera que o mundo social é constituído por campos, microcosmos ou espaços de relações objetivas, que possuem uma lógica própria, não reproduzida e irreduzível à lógica que rege outros campos. O campo é tanto um "campo de forças", uma estrutura que constrange os agentes nela envolvidos, quanto um "campo de lutas", em que os agentes atuam conforme suas posições relativas no campo de forças, conservando ou transformando a sua estrutura. Os campos são resultantes de processos de diferenciação social, assim, cada um deles possui seu próprio objeto e a sua própria lógica de compreensão e funcionamento.

Os espaços relacionais dentro do campo social são formados a partir das instituições e dos agentes internos a ele, sendo esses possuidores de posições relativas na estrutura social. A posição de cada agente dentro do campo irá determinar a forma como este se comporta e quais são os bens que consome (não só materiais, mas relativos ao ensino, à política, às artes, etc.) (BOURDIEU, 1989, p. 27-34).

Todo campo social vivencia conflitos entre os agentes que o atuam em seu interior e estabelecem relações de dominação. A dominação se dá por meio do que Bourdieu chama de violência simbólica, praticada no campo social contra outros agentes e com a pretensão de realizar a dominação dos mesmos. O autor coloca que, em geral, a violência simbólica não ocorre de maneira explícita, porém sutil, sem perder seu caráter violento. A legitimação da violência simbólica que ocorre em cada campo social garante a acumulação de todos os tipos de capital para os agentes que a praticam e, logo, buscam dominar os demais, que, normalmente, apresentam-se como dóceis a ela, conferindo-lhe cumplicidade (BOURDIEU, 1989, p. 10-14).

A reprodução da dominação social se dá através dos discursos da autoridade burocrática, na atitude intelectual, na política, etc. Assim, pode-se afirmar que a dominação não é efeito de uma luta aberta entre dominantes e dominados, mas o resultado de um complexo conjunto de ações inconscientes que ocorrem nas relações entre instituições e todos os agentes do campo. Logo, o principal efeito destas lutas é a tendência de que todo o campo social se reproduza.

Bourdieu sustenta que os agentes e instituições dominantes tendem a inculcar a cultura dominante, de modo a reproduzir o *habitus*, as desigualdades sociais nas maneiras de falar, de trabalhar, de julgar. Para ele, a família, a escola, o meio não só reproduzem as desigualdades sociais, como legitimam inconscientemente esta reprodução. São aparelhos de dominação. A desigualdade não residindo no acesso ao campo, mas no âmago do próprio sistema. A vida social é governada pelos interesses específicos do campo. É regida pela *doxa* sobre o que vale, tanto no sentido do que tem valor, isto é, o que constitui o capital específico do campo, como no sentido do que é válido, o que vale nos termos da regra do jogo no campo. Cada campo tem um interesse que é fundamental, comum a todos os agentes. Esse interesse está ligado à própria existência do campo (sobrevivência), às diversas formas de capital, isto é, aos recursos úteis na determinação e na reprodução das posições sociais (THIRY-CHERQUES, 2006, p.38).

Outro conceito muito importante para que se possa entender os instrumentos criados pelo autor para a compreensão das dinâmicas sociais é o de capital, o qual compreende diversos tipos de bens: além de econômico, o que compreende a riqueza material, Bourdieu considera o capital cultural, que compreende o conhecimento, correspondente às qualificações intelectuais que foram transmitidas pela família, pelas instituições de ensino. O autor também versa sobre o capital social, que corresponde ao conjunto de acessos e contatos sociais que compreendem a rede social na qual cada indivíduo está inserido (BOURDIEU, 1989, p. 12-15).

A união dos três tipos de capital considerados por Bourdieu forma o que o autor compreende como capital simbólico, o qual compreende prestígio, honra, etc. e corresponde ao conjunto de rituais de reconhecimento social.

A posição relativa na estrutura é determinada pelo volume e pela qualidade do capital que o agente detém. Por exemplo, o capital cultural é a herança, transmitida pela escola. Um outro exemplo: contra a idéia de “cultura de massa”, Bourdieu entende que a prática e a apreciação artística são marcadas pelo pertencimento a uma classe; que as lutas pelo reconhecimento são uma dimensão basilar da vida social. Tais lutas compreendem a acumulação de uma forma particular de capital, a honra — no sentido da reputação, do prestígio — e obedecem a uma lógica específica de acumulação de capital simbólico, como capital fundado no conhecimento e no reconhecimento. (THIRY-CHERQUES, 2006, p.39)

Bourdieu observa que, dentro do campo social, verifica-se uma dinâmica de dominação e de concorrência, derivada da busca pela conservação ou pela mudança das estruturas sociais formadoras do campo. O constante conflito no

interior do campo ocorre, neste sentido, pela desigualdade na distribuição do capital social, sendo que os grupos dominantes procuram defender seus privilégios, enquanto os grupos dominados lutam por mais capital (BOURDIEU, 1989, p. 124-128).

Nestes conflitos sociais internos ao campo, as estratégias mais comumente utilizadas estão centradas na busca pela conservação e reprodução das formas utilizadas de capital. A sua reprodução ocorre pela herança das camadas já dominantes e pela educação, a qual possibilitaria, além de uma possível acumulação econômica, a acumulação cultural e, principalmente, simbólica, responsável pelo *status* do indivíduo dentro do campo social.

Dentro destes espaços, a ação e representação dos indivíduos, denominados pelo autor de agentes sociais, são dirigidas, ou mesmo coagidas por estruturas objetivas construídas socialmente. Assim como estas estruturas, os esquemas de ação e pensamento também são construídos socialmente e chamados pelo autor de *habitus*. A noção de *habitus* está ligada para Bourdieu à idéia de que este é um produto de um trabalho social, a partir do qual são nominados e internalizados pelos agentes sociais durante seu processo de formação de identidade social marcada pela orientação de determinado campo social no qual está inserido. O autor considera que o reconhecimento e obediência ao *habitus* social é equivalente a um processo de incorporação de uma lei social (BOURDIEU, 1989, p. 60-64).

O *habitus* constitui a nossa maneira de perceber, julgar e valorizar o mundo e conforma a nossa forma de agir, corporal e materialmente, mas não designa simplesmente um condicionamento, mas simultaneamente, um princípio de ação: o *habitus* é ao mesmo tempo uma estrutura, no sentido de uma disposição internalizada durável, e é estruturante, no sentido de gerar práticas e representações sociais respeitadas e reproduzidas pelos agentes sociais.

[Os *habitus*] Possuem dinâmica autônoma, isto é, não supõem uma direção consciente nas duas transformações. Engendram e são engendrados pela lógica do campo social, de modo que somos os vetores de uma estrutura estruturada que se transforma em uma estrutura estruturante. Aprendemos os códigos da linguagem, da escrita, da música, da ciência etc. Dominamos saberes e estilos para podermos dizer, escrever, compor, inventar. (BOURDIEU, 1989 apud THIRY-CHERQUES, 2006, p.42).

De acordo com Bourdieu, o *habitus* é adquirido por aprendizagem explícita ou implícita, funcionando como um sistema que gera nos agentes sociais estratégias que podem ser utilizadas de acordo com seus interesses pessoais, sem que tenham sido concebidas para tal fim. É o *habitus* que nos permitiria agir em determinados meios e situações sem que seja necessário calcular ou controlar de forma consciente as ações sociais; é um princípio inconsciente e que não possui intencionalidade consciente.

Para Bourdieu, o direito é um reflexo direto das relações sociais que são orientadas de acordo com as forças nelas existentes, as quais determinam a ordem econômica de dada sociedade, sempre de acordo com os interesses das classes dominantes. Na verdade, o autor vê o direito como um instrumento de dominação, que adota um formalismo de maneira a afirmar a sua autonomia em relação à sociedade na qual está inscrito, mantendo as estruturas que permitem a criação e a acumulação de capital jurídico. A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e ação jurídicos baseiam-se no princípio de que esses devem ser formados sem a interferência do meio social, bem como das pressões sociais, tendo no próprio direito seu fundamento.

O formalismo jurídico é a base sobre a qual os agentes e as instituições jurídicas constroem o monopólio de como deve ser o uso do direito. Lançando mão desta base, o jurista pode defender a existência de um método próprio, neutro e capaz de lançar soluções justas ao usar princípios que acredita universais e idôneos para justificar a decisão jurídica por si mesma.

Novamente, Bourdieu lança mão do conceito de capital social para explicar como se dão as relações de hierarquização internas ao campo jurídico, afirmando que dentro de cada campo social existe um tipo de capital simbólico, que confere força àquele que o possui e que deixa de ter sentido para os agentes sociais de fora do espaço interno ao campo. O autor classifica o capital social em três tipos diferentes: capital econômico, capital social e capital cultural.

O capital social passa a ter valor unido ao capital cultural, o qual está ligado à posse de informações que têm grande valor dentro do campo. Quando juntos, o capital social se torna um grande recurso que pode ser acumulado por um indivíduo ou mesmo por um grupo que forma uma rede, mais ou menos institucionalizada, a qual está baseada em relações de mútuo conhecimento e reconhecimento. O capital

jurídico pode ser verificado como uma forma de capital cultural que pode tomar várias formas diferentes dentro do campo, servindo como ligação entre diferentes campos, sempre de modo a demonstrar e afirmar a quantidade de capital que possuem aqueles que participam do campo jurídico (RAVINA, 2000, p. 69-71).

No interior do campo jurídico é produzida a autoridade jurídica, a qual é responsável pela criação da violência simbólica legítima, cujo monopólio pertence ao Estado, podendo seu uso ser combinado ao uso da força física. Quanto às práticas e discursos da autoridade jurídica, Bourdieu afirma serem produtos do funcionamento de um campo cuja lógica é determinada por dois fatores: pelas relações de forças específicas que o estruturam e pela lógica interna das obras jurídicas, as quais delimitam o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p.211). Assim, emerge um tipo de direito que possui como componente essencial uma não contextualização com as normas sociais: a atividade dos agentes sociais responsáveis por criá-lo, interpretá-lo, racionalizá-lo e aplicá-lo não está ligada a atividade jurídica propriamente dita, mas pelo fato de estarem inscritos no interior da administração burocrática do direito.

O campo jurídico é um local no qual são travadas lutas de concorrência pela forma como deve ser dito e interpretado o direito. Assim, o agente social com mais força para vencê-la poderá interpretar leis e normas de forma reconhecida como legítima pelos outros atores do campo jurídico e, teoricamente, uma vez que Bourdieu acredita ser uma ilusão a existência da autonomia absoluta do direito, sem a pressão de interferências sociais externas.

A concorrência do monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona e consagra. (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Deve-se considerar, segundo Bourdieu, que a existência de uma hierarquia de instâncias judiciais dentro do campo jurídico acaba por limitar a interpretação do direito, restringindo a elasticidade interpretativa. Logo, as divergências entre os atores autorizados a interpretar o direito estão necessariamente limitadas e a

coexistência de uma ampla variedade de normas jurídicas não é aceita pela ordem jurídica. Mesmo havendo uma hierarquia a ser respeitada no campo jurídico, os antagonismos existentes entre visões de mundo e de interpretações entre os agentes do campo, deve ser considerada a complementaridade das funções servindo de base para uma forma de divisão do trabalho de dominação simbólica, na qual os adversários e cúmplices servem uns aos outros.

[...] a Justiça organiza segundo uma estrita hierarquia não só as instâncias judiciais e os seus poderes, portanto, as suas decisões e as interpretações em que elas se apóiam, mas também as normas e as fontes que conferem a sua autoridade a essas decisões. É pois um campo que, pelo menos em período de equilíbrio, tende a funcionar como um aparelho na medida em que a coesão dos *habitus* espontaneamente orquestrados dos interpretes é aumentada pela disciplina de um corpo hierarquizado o qual põe em prática procedimentos codificados de resolução de conflitos entre os profissionais da resolução regulada dos conflitos. (BOURDIEU, 1989, p. 214).

O funcionamento do campo jurídico está inscrito em uma lógica baseada na utilização de uma linguagem própria, a qual é construída a partir de termos que são estranhos à língua comum, sendo utilizada na linguagem jurídica uma retórica de impessoalidade e de neutralidade. Isto implica em uma propensão a utilizar expressões determinadas, com um discurso estilisticamente caracterizado que lhe confere, ao mesmo tempo, uma competência técnica e uma capacidade social, para usá-lo em situações que lhes são propícias. Bourdieu cita como características desta linguagem o predomínio de construções passivas e frases impessoais, além de outros elementos que servem para exprimir a atemporalidade e autonomia do direito (BOURDIEU, 1989, p. 215-216). São estes elementos de retórica, universalidade e neutralidade a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico.

No que se refere ao juiz, Bourdieu cita que ele dispõe de uma parte de autonomia substancial, que é responsável pela constituição de sua posição na estrutura da distribuição do capital específico da autoridade jurídica. Seus juízos de valor são inspirados numa lógica e em prerrogativas que estão muito próximas das que são expressas nos textos jurídicos que serão submetidos a sua interpretação. Ainda assim, existe uma certa variabilidade de interpretações que podem ser realizadas, mas que sempre têm sua elasticidade pré-definida por algumas variáveis organizacionais.

A interpretação de uma norma é adaptada de acordo com as situações novas que são colocadas, passando por um processo de renovação, logo, deixando de lado o que é ultrapassado.

Os juristas e os juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibologia das fórmulas jurídicas recorrendo quer à *restrictio*, processo necessário para não se aplicar uma lei que, entendida literalmente, o deveria ser, quer à *extensio*, processo que permite que se aplique uma lei que, tomada à letra, não o deveria ser, quer ainda que todas as técnicas que, como a analogia, tendem a tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo das suas contradições, das suas ambigüidades ou das suas lacunas. De fato, a interpretação de uma lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelo menos na sua gênese, à razão e ao direito, e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra [...] ou que atuaria como lógico agarrado ao rigor dedutivo do seu método de realização. (BOURDIEU, 1989, p. 214).

O conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é resultado de uma luta simbólica entre profissionais que são dotados de competências técnicas e sociais desiguais, que leva a uma mobilização de meios e discursos jurídicos disponíveis. Nestas lutas são utilizadas armas simbólicas para que a causa defendida obtenha sucesso.

[...] o efeito jurídico da regra, quer dizer, a sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (tudo o mais sendo igual do ponto de vista do valor na equidade pura das causas em questão) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva. (BOURDIEU, 1989, p. 224-225).

A situação judicial deveria funcionar com a neutralização dos interesses frente ao agente especializado que serve de mediador do conflito. Para que possam ser solucionados os conflitos tidos como inconciliáveis entre as partes que são possuidoras de argumentos racionais e sujeitos considerados iguais (pelo menos assim devendo ser considerados) é construída a importância da participação de um agente especializado, independente dos grupos sociais em conflito. Este será encarregado de organizar a manifestação pública dos conflitos sociais e lhes dar soluções socialmente aceitas como imparciais, uma vez que devem provir de regras formais e imparciais, advindas da doutrina jurídica e independentes dos antagonismos apresentados (BOURDIEU, 1989, p. 228).

O campo judicial é um espaço social onde é operada a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate regulado por normas e profissionais, os quais representam seus interesses e os defendem de acordo com o seu conhecimento das regras pré-determinadas do jogo jurídico. O fato de entrar na lógica de funcionamento do campo jurídico significa aceitar a utilização do direito, assim como também aceitar de forma tácita a não adoção de um modo expresso que levaria à violência física.

Pierre Bourdieu classifica como natural a necessidade dos cidadãos das instituições jurídicas, o que acaba por levá-los a recorrer aos serviços de um profissional que seja capaz de solucionar questões que lhe conferem algum sentimento de injustiça. A sensibilidade à injustiça ou capacidade de perceber uma experiência como injusta não é facilmente compreendida e depende estreitamente da posição ocupada no espaço social.

Para que um indivíduo consiga compreender um ato de injustiça, necessita realizar um trabalho de construção da realidade social na qual está inserido. De acordo com o autor, este processo costuma ser incumbido, em grande parte, a um profissional, o qual tem condições de descobrir se realmente há um ato de injustiça, baseado no conhecimento técnico que possui a respeito dos direitos individuais, revelando-os ao cliente, ou, em caso contrário, demonstrando que não é caracterizado um caso de injustiça.

2.4 O caso brasileiro

Ao analisar o fenômeno da violência urbana no Brasil nas últimas décadas, Adorno (2002) sustenta que houve um agravamento na medida em que a sociedade tornou-se mais densa e complexa. O autor aponta quatro tendências na sociedade brasileira, relacionadas com a violência urbana: o crescimento da delinquência urbana, especialmente ligada a crimes contra o patrimônio e homicídios dolosos; aumento da criminalidade organizada, principalmente a ligada ao narcotráfico; violação de direitos humanos e o crescimento de conflitos nas relações intersubjetivas que tendem a ter desfechos graves.

Neste contexto, a sociedade brasileira vem conhecendo crescimento das taxas de violência nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações pessoais e intersubjetivas. Em especial, a emergência do narcotráfico, promovendo a desorganização das formas tradicionais de socialidade entre as classes populares urbanas, estimulando o medo das classes médias e altas e enfraquecendo a capacidade do poder público em aplicar lei e ordem, tem grande parte de sua responsabilidade na construção do cenário de insegurança coletiva (ADORNO, 2002, p.87-88).

As mudanças sociais ocorridas nos últimos cinquenta anos, pautadas em novas formas de acumulação de capital, concentrações industriais e modificações nos processos produtivos, transformações das relações individuais e de indivíduos com o Estado, acabaram por modificar também os atos criminais, a violência, bem como as percepções sociais sobre a vivência e o respeito aos direitos humanos. (ADORNO, 2002, p. 101-102). Frente a esta realidade, o sistema de justiça criminal mostra-se incapaz de conter a criminalidade e a violência através de práticas condizentes com um Estado democrático de direito.

O crime cresceu e mudou de qualidade, porém o sistema de justiça permaneceu operando como o fazia há três ou quatro décadas atrás. Em outras palavras, aumentou sobremodo o fosso entre a evolução da criminalidade e da violência e a capacidade de o Estado impor lei e ordem. Os sintomas mais visíveis deste cenário são as dificuldades e desafios enfrentados pelo poder público em suas tarefas constitucionais de deter o monopólio estatal da violência, sintomas representados pela sucessão de rebeliões nas prisões, grande parte dessas ocorrências organizadas de dentro das prisões por dirigentes do crime organizado como o *Comando Vermelho* e *Terceiro Comando*, no Rio de Janeiro e o *Primeiro Comando da Capital*, em São Paulo, responsável pelo motim simultâneo de vinte e nove grandes prisões, no Estado de São Paulo, em janeiro de 2001. (ADORNO, 2002, p, 102-103).

O crescimento da criminalidade e da violência, em paralelo ao baixo desempenho do sistema de justiça criminal, trouxe à tona a realidade de crise pela qual o sistema já passava: além dos problemas trazidos por reformas propostas pela transição política e pela implementação do regime democrático e pela reforma da legislação penal, a queda de investimentos em segurança pública e justiça durante o período pós-ditatorial agravou o problema.

O resultado mais visível dessa crise do sistema de justiça criminal é, sem dúvida, a impunidade penal. [...] No Brasil, tudo parece indicar que as taxas

de impunidade sejam mais elevadas para crimes que constituem graves violações de direitos humanos, tais como: homicídios praticados pela polícia, por grupos de patrulha privada, por esquadrões da morte e/ou grupos de extermínio, ou ainda homicídios consumados durante linchamentos e naqueles casos que envolvem trabalhadores rurais e lideranças sindicais. Do mesmo modo, parecem altas as taxas de impunidade para crimes do colarinho branco cometidos por cidadãos procedentes das classes médias e altas da sociedade. (ADORNO, 2002, p. 104).

Como conseqüência deste processo de crise, a sociedade passa a não mais acreditar na ação das instituições judiciais responsáveis pela aplicação de penas àqueles que praticaram crimes. A descrença nestas instituições públicas acaba por levar grupos sociais que possuem recursos a buscarem o auxílio de segurança privada. Porém, os que não possuem condições para tanto, tornam-se dependentes da proteção oferecida por traficantes locais, ou procuram resolver os problemas por conta própria. Segundo Adorno, “tanto num como noutro caso, seus resultados contribuem ainda mais para enfraquecer a busca de soluções proporcionada pelas leis e pelo funcionamento do sistema de justiça criminal” (ADORNO, 2002, p. 105). Ainda assim, mesmo que a descrença nas instituições de justiça marque fortemente a percepção social, a demanda pública está voltada ao punitivismo: clama-se por aumento de penas, pelo maior rigor legal e pelo aperfeiçoamento das instituições responsáveis pela prática da justiça.

Fazendo uma referência ao caso brasileiro, Marcelo Neves (2006) critica a teoria sistêmica de Luhmann no sentido em que observa a inexistência do fechamento (normativo) operacional do sistema jurídico. Deste modo, ele deixa de ser autônomo, uma vez que é atingido pelo código político.

[...] a política, enquanto não está vinculada a diferença “lícito/ilícito” [código binário utilizado pelo sistema jurídico], também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, diferenciando-se do modelo procedimental previsto no texto da constituição. [...] De fato, no caso brasileiro, a instrumentalização sistêmica do direito pelos meios “dinheiro” e “poder” não tem sido contrapesada por sua indisponibilidade e pela imparcialidade do Estado de Direito, que se fundamentariam na presença de uma “consciência moral universalista” e uma racionalidade procedimental orientada *dissensualmente*. (NEVES, 2006, p. 245-246).

Somente através de uma base em que a imparcialidade do Estado Democrático de Direito é devidamente assegurada por uma variedade de procedimentos abertos a uma esfera pública heterogênea poderia se falar de uma

indisponibilidade do sistema jurídico para uma eventual demanda de autores com poder ou para uma perspectiva de dominação (NEVES, M, 2006, p. 256). Como já antes exposto, todas as ações que ocorrem no sistema jurídico deveriam estar de acordo com os ideais de neutralidade, onde exclusões e privilégios devem ser afastados.

No entanto, o sistema jurídico brasileiro é marcado por procedimentos pautados pela política, economia e relações de clientelismo, o que vai totalmente de encontro ao ideal de indisponibilidade acima citado.

Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e “exclusões” que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais. (NEVES, 2006, p. 246).

Assim, sem a indisponibilidade do sistema jurídico a pressões externas, não são encontradas condições para que os direitos humanos, no que se refere à igualdade e liberdade dos cidadãos, possam ser desenvolvidos. Agregado à dependência das relações de clientelismo, o fato de o Estado tornar-se instrumento de realização de interesses particularistas que são conflitantes aos valores constitucionais torna impossível a concretização dos direitos humanos.

Para explicar como se dão as diferentes relações dos cidadãos com o sistema jurídico, Marcelo Neves lança mão dos conceitos de subintegração e sobreintegração social, que categorizam de forma diferenciada os indivíduos, não havendo direitos e deveres que sejam partilhados de forma recíproca. O processo de subintegração ocorre para aqueles que têm acesso limitado aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas que são dependentes de suas prescrições impositivas.

Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes falte 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 as suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. (NEVES, 2006, p. 248).

Logo, aqueles que são subintegrados passam a ser integrados pelo sistema jurídico de uma maneira que explicita sua marginalidade social. Neste processo, os indivíduos são colocados como denunciados, réus e condenados e seu contato com o aparelho repressivo do Estado se dá pelas ações violentas policiais.

Ao se referir ao processo inverso, o de sobreintegração, o autor passa a citar os grupos sociais que são incluídos de forma positiva.

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. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam, ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. (NEVES, 2006, p. 50).

Os processos de sub e sobreintegração são conseqüência de um procedimento problemático de integração. Logo, indo de encontro aos princípios constitucionais, a integração social no Brasil é um processo que varia de acordo com as classes sociais e não é equivalente para todos: os sobreintegrados têm acesso aos direitos e às garantias de proteção jurídicas sem a necessária vinculação efetiva aos deveres e responsabilidades impostas pelo sistema jurídico, enquanto os subintegrados, ao contrário, permanecem rigorosamente subordinados aos deveres e às penas de prisão.

Ao analisar o sistema jurídico brasileiro, Kant de Lima (2008) afirma que o mesmo não reivindica uma origem democrática, mas alega ser produto de “uma reflexão iluminada”. Como conseqüência da não participação popular em sua formulação, o sistema jurídico apresenta-se muito mais como uma limitação ou mesmo constrangimento externo ao comportamento dos indivíduos do que como uma fórmula ideal da aplicação da lei.

Em conseqüência, o capital simbólico do campo do direito não reproduz ampliadamente seu valor porque expressa a vontade do povo, ou um conjunto de prescrições morais partilhadas e internalizadas pelo cidadão comum, mas como uma imposição das autoridades, não importa quão legal e legitimadamente produzidas e postas em vigor. (KANT DE LIMA, 2008, p. 165).

Deste modo, no contexto brasileiro a obediência ou não às regras não poderia ser verificada como um movimento de transgressão a normas morais que seriam observadas e internalizadas de modo fácil, mas como o resultado de uma escolha individual entre o constrangimento externo e a liberdade de agir. O fato de as leis não serem acessíveis ao cidadão comum provocaria a não legitimidade das mesmas.

[...] o domínio do público – a *Res Publica* ou “coisa pública” – contraditoriamente ao domínio da sociedade não é representado como o lócus da regra local e explícita, de aplicação universal, a todos acessível e, portanto, a todos aplicável por igual, que é a condição indispensável e necessária para a interação social entre indivíduos diferentes mas iguais, de acordo com a representação anglo-americana da sociedade que, explicitamente, é veiculada naquele sistema. Ao contrário, o domínio do público – seja moral, intelectual ou até mesmo o espaço físico – é o lugar controlado pelo Estado, de acordo com suas regras, de difícil acesso [...], detém não só o conhecimento do conteúdo, mas, principalmente, a competência para a interpretação correta da aplicação particularizada das prescrições gerais, sempre realizada através de formas implícitas e de acesso privilegiado. (KANT DE LIMA, 2008, p. 166).

Assim, na sociedade brasileira, todos os cidadãos são colocados juntos pelo sistema em um mesmo local, mas estão separados hierarquicamente em uma estrutura piramidal. Mesmo teoricamente iguais, os cidadãos brasileiros são tratados de forma desigual pelo sistema judiciário, fato que pode ser facilmente verificado a partir do instituto da prisão especial²⁰.

O processo penal, que descreve como devem ser seguidos os procedimentos para que alguém seja condenado ou absolvido pela prática de um delito, é regulado

²⁰ 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 Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"

V - os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros;

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.

In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008. Verificar a citação de diplomas legais. Deve constar o número da Lei.

pelo Código de Processo Penal. O Código de Processo Penal brasileiro foi construído de acordo com a orientação de uma dogmática jurídica que é característica de nossa cultura legal, baseada em uma concepção normativa, formal e abstrata do direito. Assim, o mundo do direito não equivale ao mundo dos fatos sociais, de modo que, para fazer parte do mundo do direito, os fatos devem ser submetido a uma lógica jurídico-formal, que é própria da cultura jurídica e daqueles que detêm seus significados (KANT DE LIMA, 2008, p. 43).

Observando o funcionamento do sistema judiciário criminal brasileiro, Kant de Lima cita ser esse possuidor de três formas de produção de verdades, todas reguladas pelo Código de Processo Penal: a policial, a judicial e a do Tribunal do Júri.

A primeira forma de produção de verdades, a policial, ocorreria, segundo o autor, durante o inquérito policial. Este é um procedimento que tem como detentor de iniciativa o Estado, o qual estaria em um movimento de “busca incansável pela verdade”, e que é representado pela autoridade policial (KANT DE LIMA, 2008, p. 179). O inquérito policial pode ser conduzido em segredo e não há contraditório neste momento, uma vez que ainda não há uma acusação formal. A atuação de advogados durante o inquérito é admitida somente no sentido de acompanhar o correto andamento dos procedimentos policiais. Depois de concluído o inquérito policial, o procedimento passa para sua segunda fase, quando é instaurado o processo judicial.

O processo judicial é iniciado a partir de uma denúncia de um promotor de justiça, representante do Ministério Público, que é titular da ação penal pública. Desta forma, inicia-se a fase de instrução judicial, na qual o juiz interroga o acusado (réu), o qual deve estar acompanhado de sua defesa.

Uma característica importante a ser observada é o fato de que, no processo penal brasileiro, o que não está contido nos autos não existe para o processo. Assim, passa a operar a lógica em que o juiz pode mandar que sejam anexadas provas que considere, de acordo com seu livre convencimento, importantes. Segundo Kant de Lima, o “livre convencimento significa que o juiz não está submetido a qualquer hierarquia formal que estabeleça qual prova vale mais do que a outra, ou quais fatos são verdadeiros ou não” (KANT DE LIMA, 2008, p.45). Deste

modo, a decisão encontra limites apenas no conteúdo dos autos processuais e na necessidade da sentença possuir uma justificativa legal e racional.

2.5 O campo jurídico no Rio Grande do Sul

No sentido de trazer dados sobre questões pertinentes à formação e atuação dos juristas no Rio Grande do Sul, Engelmann (2006), partindo do processo de redemocratização política ocorrida no Brasil em 1988, a partir do qual são observadas condições para a emergência de novos usos e definições das instituições políticas e jurídicas, busca identificar a formação e atuação do campo jurídico gaúcho, tendo por objeto suas concepções de direito e os usos que fazem dela (ENGELMANN, 2006, p. 11-12).

O autor observa o campo jurídico como um espaço que é socialmente constituído por ritos, símbolos, códigos, hierarquias e garantias legais que são legitimadas pelo Estado, formado no Rio Grande do Sul por dois pólos, entre os quais classifica os juristas: o primeiro, no qual agrupa os bacharéis em direito associados às famílias com tradição jurídica e política e, o segundo, socialmente mais diversificado, que se legitima através do enfrentamento a tradição jurídica do estado.

Em se tratando de elites jurídicas mais tradicionais, associadas ao primeiro pólo, há um recrutamento que comporta uma cultura familiar com forte reprodução social. As relações de interconhecimento geradas a partir da trajetória do grupo familiar expandem-se para outras esferas com relativa facilidade. O capital de relações acumulado é facilmente reconvertido em prestígio profissional e político. Essa posição de elite favorece as disposições para a conservação da ordem social através do efeito de *aprioração* capaz de *neutralizar* a proximidade de interesses dos *habitus* ligada a formações familiares e escolares semelhantes que unem os juristas aos setores socialmente dominantes. (ENGELMANN, 2006, p. 12).

O autor relaciona a diversificação do campo jurídico com a emergência de novos e diferentes usos e definições do direito a partir da década de 90, considerando que a diversificação social dos bacharéis em direito aumenta o espaço de concorrência, fator que levaria a uma redefinição e rehierarquização no interior do campo. Através deste estudo, Engelmann verifica que as diferenças entre

características que são relacionadas à origem social, origens e trajetos escolares, bem como profissionais, políticos e universitários, são ligados às tomadas de posicionamento dogmático sobre as definições e usos do direito e da justiça (ENGELMANN, 2006, p. 15-16).

No sentido de criar suas categorias de análise, o autor recorre a Pierre Bourdieu, partindo de seu estudo sobre o campo acadêmico francês²¹, no qual o autor considera que

[...] para a estruturação da ascensão a posições de poder, a retradução do capital econômico cultural e social herdados (relacionados à origem e posição social) e os capitais específicos do campo acadêmico, como o capital de poder universitário (pertencimento a institutos e cargos administrativos), o capital de poder científico (direção de organismos) e o capital de prestígio científico (discursos, traduções de obras, número de citações), além de outros, como o capital de notoriedade intelectual. (BOURDIEU, 1984 apud ENGELMANN, 2006, p. 18).

Desta maneira, Engelmann apresenta duas categorias, colocadas em extremos diferentes, nas quais classifica a os diferentes tipos de uso e significados do direito para os juristas, sendo um formado pela relação entre determinantes baseados na posse de capital escolar ou científico, assim como as respectivas trajetórias sociais e origens dos bacharéis em direito que predispõem a este investimento; e outro determinado pela origem e posição social, relacionadas com o espaço de poder social político e econômico.

No Brasil, as disputas internas ao campo jurídico estariam colocadas em torno da definição do direito legítimo e de como deve ser sua aplicação social, assim como de quais devem ser as problemáticas a serem consideradas juridicamente legítimas, que seriam definidas no espaço da prática da advocacia e das carreiras de Estado (ENGELMANN, 2006, p. 27). Assim, seria no espaço de divisão de trabalho no campo judicial, entre magistrados, promotores de justiça e advogados, que concorreriam e seriam definidos os principais confrontos entre as concepções de direito.

Segundo Engelmann, a mudança na forma de serem selecionados os bacharéis em direito para a ocupação de carreiras jurídicas do Estado, que até os anos 30 eram dadas pelas relações sociais e indicações por parte de autoridades políticas e econômicas, por mecanismos institucionais de seleção, acaba por gerar

²¹BOURDIEU, Pierre. **Homo Academicus**. Paris: Minuit, 1984.

uma reconversão dos bacharéis para outras esferas de atuação, como a advocacia privada, que seria facilitada pelo acúmulo de capital social acumulado por grupos familiares tradicionais (ENGELMANN, 2006, p. 27-29).

A partir do final da década de 80 passa a ocorrer um processo de politização das instituições judiciárias brasileiras. Este processo amplia a interferência política nas relações estabelecidas entre juristas para a movimentação entre as esferas de poder.

A própria organização interna do Judiciário opõe os concursos públicos para a Justiça de primeiro grau às indicações para a composição dos tribunais superiores. Essa estrutura tende à clivagem entre instâncias judiciais que julgam conflitos interindividuais, como a Justiça de primeiro grau e os tribunais superiores, mais políticos. (ENGELMANN, 2006, p. 42).

Ainda assim, a maior abertura do Poder Judiciário passa a possibilitar novos usos do direito, fato que tem como conseqüência a maior judicialização da vida social.

Esse processo compreende a entrada para o cenário jurídico de um conjunto de problemas identificados às causas coletivas (direito do consumidor, direitos humanos, direitos ambientais, direitos sociais e outros). Em termos gerais, essa judicialização da política e da vida social pode ser caracterizada como um fenômeno que aumenta o potencial de mediação de conflitos sociais pelo Poder Judiciário. (ENGELMANN, 2006, p. 42).

Paralelamente, um movimento de legitimação das ações do Poder Judiciário, assim como das instituições ligadas a ele, ocorreria como um efeito da descrença social nos mecanismos tradicionais de mediação política. Este fenômeno de legitimação estaria ligado tanto ao processo de diversificação social, ocorrido pelo recrutamento por concurso para os cargos públicos, quanto à possibilidade de novos conceitos de direito.

As variáveis a serem consideradas na relação entre a diversificação e os usos do direito não envolvem apenas as origens sociais dos novos recrutados, mas a relação de suas características sociais e as disposições para determinados usos do espaço jurídico e judicial. (ENGELMANN, 2006, p. 45).

No caso do Rio Grande do Sul, a formação e a manutenção de uma tradição jurídica estaria relacionada às reconversões de grupos familiares que tradicionalmente ocupam posições de destaque nos campos jurídico e político por várias décadas. Mesmo que diferenças nas trajetórias sociais dessas famílias sejam verificadas, o autor observa a existência de um conjunto de características em todas elas.

Em primeiro lugar, o pertencimento à elite social, que facilitaria a múltipla inserção em posições de destaque que transcendem o mundo jurídico se ampliando para a ocupação de posições em diversos domínios profissionais e culturais. Tal multiplicidade é garantida pela possibilidade de reconversão de uma série de capitais, principalmente, o capital cultural e o capital de relações sociais, advindos também do grupo familiar. (ENGELMANN, 2006, p. 61).

No campo jurídico, o nome familiar apresentaria um valor substancial, o que facilitaria a entrada tanto na advocacia privada, quanto na carreira jurídica pública.

Na ocupação de postos em que está em jogo a confiança a ser depositada no profissional, a reconversão da tradição familiar e de pertencimento à elite social também tem grande peso. O capital herdado do grupo familiar, em alguns casos, é ampliado através de alianças matrimoniais. (ENGELMANN, 2006, p. 61).

Porém, nos anos 80 e 90 é verificado um fenômeno de inserção no campo jurídico por bacharéis em direito desprovidos de capitais que caracterizavam os grupos relacionados à tradição jurídica gaúcha, amparada pelo poder gerado pelo pertencimento a certos grupos familiares.

A ascensão desse segmento ocorre principalmente pela profissionalização na docência, na gestão universitária e na mobilização de títulos de Mestrado e Doutorado como recursos para sua ascensão social. Pode-se relacionar tal fenômeno com a diversificação do mundo jurídico, expresso na expansão do número de vagas ofertadas a partir da década de setenta nos cursos de graduação e na formalização dos concursos públicos para as carreiras de Estado. (ENGELMANN, 2006, p. 77).

Também se pode pensar no critério de impessoalidade dos concursos públicos como outro importante fator para o crescimento de representação nas carreiras jurídicas de Estado por parte daqueles indivíduos que não possuíam trajetórias sociais ou políticas que estivessem ligadas aos padrões jurídicos de famílias tradicionais. Porém, concomitantemente, outro fator dentro do campo

jurídico no estado passa a ser considerado: a legitimação da especialização acadêmica.

Desta maneira, pode-se falar na reestruturação do campo judiciário no Rio Grande do Sul, tanto nas carreiras ligadas ao Estado, quanto no ensino universitário, o que faz com que sejam influenciadas desde decisões institucionais acerca de qual o papel que deveria ser desempenhado pelas profissões e pela formação superior, até outras “estruturas de capitais e características sociais e intelectuais dos juristas que apostam na redefinição das teorias jurídicas e na carreira acadêmica como meios de ascensão social” (ENGELMANN, 2006, p.78).

Pode-se considerar que a expansão do ensino de direito, na década de 90, cria possibilidades de legitimação e ascensão para diversos juristas que eram desprovidos dos capitais sociais referentes ao campo jurídico.

Na década de 90, o espaço universitário se tornou uma porta para ascensão de agentes com origem geográfica interiorana, de baixa ou média origem social e descolados das famílias tradicionais. A posse de títulos de doutorado propiciou a ocupação de postos de direção em cursos de pós-graduação nas instituições privadas. Abriam-se também diversas posições no mercado de ensino jurídico, nos cursos de graduação e nos cursos preparatórios para concursos articulados a partir das entidades associativas das carreiras de Estado. (ENGELMANN, 2006, p.79).

Neste sentido, pode-se dizer que a reprodução social das relações de dominação, pautada pela posse de capital social, cultural e simbólico de determinados grupos familiares, é verificada na realidade do campo jurídico no Rio Grande do Sul, assim como a utilização do direito como mecanismo de conservação da ordem social. Mesmo com a utilização de mecanismos institucionais de seleção para a ocupação de cargos jurídicos estatais, os recursos sociais e políticos continuam sendo fortemente considerados para a ascensão no interior do campo jurídico (ENGELMANN, 2006, p. 198).

Porém, a legitimação de juristas que não eram membros das famílias ligadas tradicionalmente ao campo jurídico começa a ocorrer, na medida em que passam a ocupar importantes posições acadêmicas nas universidades. Deste modo, começam a ser desenvolvidas as lutas internas ao campo de como se dizer o direito e quais devem ser os seus usos na sociedade, pautadas, no caso de operadores do campo, ligados ao direito penal, em questões que vão desde a interpretação legal voltada a

promoção e manutenção dos direitos individuais, até interpretações que desconsideram substancialmente tais direitos.

3 Prisão Preventiva no Brasil: História, Previsões Legais e Jurisprudência

O desenvolvimento, ao longo dos últimos séculos no Brasil de uma legislação penal, a princípio preocupada com a manutenção da ordem social, ocorreu em paralelo a uma série de mudanças sociais que ocorreram no período. A criação das medidas de prisão cautelar no país é realizada no sentido de que sejam garantidos e protegidos os meios, bem como fins processuais do direito penal, devendo estas serem utilizadas somente em circunstâncias excepcionais. Atualmente, verificam-se dados que apontam para a utilização crescente da medida como forma de proteção e defesa social.

É no sentido de que se possa compreender quais são as previsões legais para que uma medida de prisão cautelar possa ser decretada que este capítulo está estruturado. Primeiramente trata do desenvolvimento histórico da legislação brasileira a respeito do tema, para depois versar sobre suas previsões legais atuais e por fim, sobre a interpretação dos Tribunais a respeito do tema.

3.1 Breve Histórico das Medidas de Prisão Cautelar no Brasil

Partindo-se do princípio de que o Estado capitalista está vinculado a uma estrutura baseada em relações de produção, e de que sua organização social se dá em função do modo em que são estabelecidas as relações de dominação (ou luta) das classes, pode-se compreender sua estrutura funcional, bem como a função das leis.

É o próprio Estado quem estabelece o poder constituinte, o qual é baseado no modo de produção e na divisão do trabalho, bem como delimita o que é espaço público e privado, ao reconhecer a importância das relações sociais e econômicas que foram geradas a partir da própria divisão social do trabalho. Logo, vão sendo criados os espaços de atuação dos indivíduos, os quais estão sempre inseridos em classes sociais, através de elementos básicos de saber e de poder. As leis constituídas pelo Estado, materializadas de acordo com uma ideologia social

dominante, têm como função a manutenção de uma determinada ordem social, fato que, em uma sociedade desigual, corresponde a manter as desigualdades sociais.

A lei legitimadora de um Estado racional deveria ser a substituta do arbítrio estatal sobre os cidadãos, bem como substituta da violência direta por ele provocada. Dessa forma, nasce o mito da neutralidade do Direito, estando em suas mãos garantir o controle contra os abusos do próprio poder estatal, no sentido de dar garantias aos direitos individuais.

O processo penal é o instrumento através do qual o direito penal é realizado. Sua existência torna viável a aplicação da pena para aqueles que praticaram atos delitivos; limita a atividade estatal, no sentido de evitar abusos de poder, além de servir de instrumento efetivo de garantia dos direitos e liberdades individuais.

Antes de servir para a aplicação da pena, o processo serve ao Direito Penal e a pena não é a única função do Direito Penal. Tão importante quanto a pena é a função de proteção do indivíduo em relação ao Direito Penal, por meio do princípio da reserva legal, da própria essência do tipo penal e da complexa teoria da tipicidade. O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar a sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir a plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção da inocência, contraditório, defesa, etc. (LOPES JR., 2005, p.37).

Segundo Kato (2005), é necessário considerar que em sociedades permeadas por muitos conflitos, onde as normas que foram ideologicamente concebidas são imperativas, o processo penal serve principalmente como instrumento para a remoção de conflitos de interesse. Para tanto, o Estado assume a função jurisdicional.

No sentido de evitar os abusos do Estado, a partir das revoluções liberais do século XVIII, os iluministas passam a postular como indispensável à garantia da liberdade individual do cidadão a presunção da inocência. A partir dessa idéia, de modo contrário ao que era verificado durante o período medieval, quando o indivíduo deveria provar a sua inocência, esse passa a ser considerado inocente até que o contrário seja provado, sendo o Estado responsável por comprovar a sua culpa (BARRETO, 2007, p. 29-31).

Assim, para que o processo penal obedeça aos postulados de ampla defesa do acusado, a dúvida da sua culpa não é suficiente para que a presunção de sua inocência seja desconstruída, sendo o mesmo considerado inocente até o trânsito em julgado de sua condenação.

Deve o processo penal pautar-se no devido processo legal, princípio que encerra todos os demais princípios constitucionais, e que assegura a lisura do procedimento e a legitimidade da decisão judicial. Nesse sentido, entendemos que se deva garantir, através das medidas cautelares, a higidez do processo penal, sempre que a sua eventual inobservância venha comprometer a justiça e a legitimidade da decisão. Nesse caso, busca-se, sem dúvida, a garantia do procedimento na denominada cautela instrumental, perfeitamente cabível no processo penal e compatível com a finalidade acessória da cautelar, mas entendemos como inadmissível a aplicação da cautelar no processo penal para garantir a aplicação da sanção penal, ou que seja, em outras palavras, concebida como garantia da execução da prestação jurisdicional (cautelar final). A cautelar, no processo penal, para que não haja risco de ser aplicada como antecipação da pena, deve esgotar-se na própria sentença, subordinando a ela, sentença, sua finalidade sem antecipá-la ou ultrapassá-la. (KATO, 2005, p.88).

Conforme estabelece o Código de Processo Penal brasileiro, as medidas de prisão cautelar estão divididas em cinco modalidades: prisão em flagrante²²; prisão preventiva²³; prisão determinada por sentença de pronúncia²⁴; prisão determinada

²²Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração.

In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²³ Sobre a modalidade de prisão preventiva:

Art. 311 – Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Art. 313 – Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos.

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvando o disposto no parágrafo único do art.46 do Código Penal.

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 do art. 19, I, II ou III, do Código Penal.

Art. 315 – O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.

por sentença condenatória recorrível²⁵ e prisão temporária²⁶. A primeira modalidade, segundo Horcaio (2007), é efetuada quando o autor da infração penal está

Art. 316 – O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁴ Art. 408 – Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-o, dando os motivos de seu convencimento.

§1º- Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

§2º - Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

§3º- Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

§4º - O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.

§5º - Se os autos constarem elementos de culpabilidade de outros indivíduos não compreendidos na queixa ou na denúncia, o juiz, ao proferir a decisão de pronúncia ou impronúncia, ordenará que os autos voltem ao Ministério Público, para aditamento da peça inicial do processo e demais diligências do sumário. In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁵ Art. 393 – São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – se o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Art.594 – O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto. In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁶ A Lei n. 7.960/89 dispõe sobre a prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n° 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

praticando-a ou acaba de cometê-la, passando, logo após, a ser perseguido por autoridade competente, pelo ofendido pelo ato delitivo, ou mesmo por qualquer outro indivíduo. O autor do delito ainda pode ser detido quando encontrado logo após a ação, tendo junto de si instrumentos, armas, papeis ou qualquer outro objeto que faça presumir sua culpa.

A prisão preventiva, prisão cautelar, que é o objeto de análise da presente dissertação, ocorre pela prova da existência de um delito, e para que seja decretada é necessário que haja um número suficiente de indícios que sustentem a sua autoria. Esta modalidade é decretada durante o inquérito policial e pode ser justificada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou mesmo para assegurar a aplicação da lei penal.

No caso de prisão determinada por sentença de pronúncia, nos casos de crimes dolosos, a medida cautelar ocorre pela determinação do juiz ao considerar a necessidade da prisão, devendo ser considerado se o réu é primário e se tem bons antecedentes. A sentença de pronúncia ocorre quando o juiz encaminha o caso ao tribunal do júri e é utilizada nos casos de “crimes dolosos contra a vida”, sendo considerados homicídio doloso, tentativa de homicídio e aborto.

A prisão determinada por sentença condenatória recorrível é verificada nos casos em que o réu já foi julgado como culpado pela autoria de determinado delito, mas ainda tem a possibilidade de recorrer da decisão. Este caso também é observado nos casos em que o réu se encontra preso, tendo praticado crime inafiançável ou mesmo nos casos em que não pode pagar a fiança arbitrada, nos casos em que ela é fixada.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

A medida cautelar de prisão temporária é cabível nos casos em que o indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados para o esclarecimento de sua identidade, sendo decretada pelo juiz a partir da representação da autoridade policial ou do Ministério Público. Seu prazo máximo de duração é de cinco dias, podendo ser prorrogável por até mais cinco em caso de extrema necessidade.

De acordo com Cruz (2006), ao longo da história do Brasil como uma nação independente, a prisão cautelar sofreu modificações durante períodos distintos. A partir do momento em que o país alcançou sua independência política e foi outorgada a Constituição do Império de 1824, o art. 179 dispunha que nenhum indivíduo poderia ser preso sem que sua culpa fosse formada. Assim, a prisão era regulada de acordo com o princípio da formação de um mínimo de prova da autoria do delito, contudo, aqueles que pagassem fiança e os condenados a penas inferiores a seis meses de prisão (os quais não teriam necessidade de prestar fiança), obteriam de volta sua liberdade. A Constituição de 1824 ainda previa a prisão, mesmo sem culpa formada, para aqueles que fossem detidos em situação de flagrante delito ou para aqueles que fossem indiciados por crimes aos quais a prestação de fiança não fosse possível.

[...] a conjuntura de ser preso em flagrante – e não a avaliação da concreta necessidade de alguém ser preso – não impedia que o atuado fosse posto em liberdade, mediante o pagamento de fiança, em relação aos crimes classificados como afiançáveis, ou sem qualquer ônus, por tratar-se de infração de que o atuado “livrava-se solto” (contravenções ou crimes puníveis com até seis meses de prisão – posteriormente reduzidos a três meses – ou de desterro, desde que não vadios e com domicílio certo). Não tendo sido preso em flagrante, a sorte do suspeito dependia do mero arbítrio judicial e da classificação do crime, visto que poderia ser decretada a prisão do indiciado por crime inafiançável, ou aquele que, embora respondendo por crime afiançável, não houvesse recolhido o valor da fiança definido pela autoridade judiciária. [...] Fora dos casos de flagrante delito, ninguém poderia ser preso cautelarmente senão em virtude de ordem da autoridade competente, que, lembre-se, não era necessariamente um juiz de direito. (CRUZ, 2006, p. 42-43).

Com a reforma constitucional de 1841, foram introduzidas modificações importantes ao processo criminal no Império, principalmente a que dizia respeito à formação de uma nova estrutura e funcionamento da justiça criminal, na qual a polícia prendia, investigava, acusava e pronunciava os acusados por delitos considerados de menor importância para a sociedade. Como consequência da reforma, houve grande confusão entre as funções policiais e as judiciais, sendo que

os Chefes de Polícia passaram a exercer funções que anteriormente eram atribuídas a juízes de paz, passando a processar e julgar crimes que possuíssem como punição pena de prisão inferior a seis meses.

A partir do ano de 1871, embora os Chefes de Polícia ainda pudessem ser nomeados magistrados, perderam a competência para julgar certas infrações penais, mas ainda lhes foi mantido o poder de arbitrar fiança a acusados. Nesse mesmo ano, foi criado o Inquérito Policial, principal novidade desta reforma legislativa, o qual passou a instituir uma rotina policial, que ainda hoje é utilizada nas delegacias de polícia. (CRUZ, 2006, p. 33-36).

No ano de 1941, o Código de Processo Penal foi elaborado, fruto do chamado Estado Novo de Getúlio Vargas. Nesse momento, a prisão em flagrante, assim como a preventiva, passou a ser permitida de forma mais arbitrária. A prisão preventiva teve seus limites e justificativas ampliadas, sendo instituída a modalidade de prisão preventiva obrigatória nos casos em que o delito praticado tivesse previsto em lei pena de reclusão igual ou superior a dez anos, estando dispensado qualquer outro requisito além da prova que indiciasse criminalmente o acusado. (CRUZ, 2006, p. 37). A prisão preventiva obrigatória manteve-se até o ano de 1967.

Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso [...]. Avanço, porque se passou a exigir – ao menos no texto legal – que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto a sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão. (CRUZ, 2006, p. 43).

No final da década de 60, importantes modificações no Código de 1941 foram realizadas e continuam fazendo parte do ordenamento jurídico brasileiro atual. Assim,

Ninguém pode ser preso antes da sentença condenatória definitiva, salvo se autuado em flagrante delito, ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária [...], nos casos previstos em lei. Quanto a esta última hipótese, estando solto, quem responde a inquérito policial ou a outro tipo de investigação criminal, ou quem responde a ação penal, somente pode ser preso se, presente o pressuposto inerente a qualquer medida cautelar pessoal – *fumus commissi delicti*, é dizer, elementos informativos que indiquem a certeza da ocorrência do crime e os indícios suficientes da autoria do sujeito passivo da medida - , caracterizar-se, concretamente, a necessidade de prisão, o que deverá ser explicitado em decisão judicial fundamentada, observando-se o juízo de proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). (CRUZ, 2006, p. 43-44).

A reforma processual ocorrida no ano de 1977, teve como principal característica a quase total inutilidade do instituto da fiança. Atualmente, qualquer autor de um crime pode ser beneficiado com liberdade provisória sem fiança²⁷, uma vez que, desta forma, um crime punido com prisão simples ou detenção permite que seu autor seja colocado em liberdade com maior rapidez pela autoridade policial²⁸, já que, em tal circunstância, de acordo com o Código de Processo penal não é exigida a presença de um juiz e do Ministério Público. Para que o indivíduo que cometeu delito possa ser colocado em liberdade, não precisa, necessariamente, pagar fiança, mas assinar um termo de que comparecerá à futura audiência.

Com a Constituição de 1988, passa a ocorrer a democratização do processo penal, sendo o indivíduo valorizado frente ao Estado.

A democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do *sujeito passivo do processo penal*. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é a *proteção dos inocentes (débil)*, ou seja, o processo penal como direito *protetor dos inocentes*. Esse *status* (inocência) adquiriu caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado. (LOPES JR., 2005, p.39).

²⁷ Art. 310 – Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo Único – Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁸ Art. 322 – A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples [nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz que deverá decidir o caso em até 48 horas].

(Artigo com redação determinada pela Lei n. 6.416/1977).

In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Uma postura mais liberal na relação entre Estado e cidadão é modificada pela primazia do segundo frente ao primeiro, de modo que o Estado passa a estar legitimado enquanto meio que tem como fim a tutela dos cidadãos e dos seus direitos fundamentais, no sentido de alcançar o bem comum. Neste processo, o Direito Penal deixa de cumprir um papel unicamente regulador, sofrendo transformações que fazem com que ingresse num modelo de direito promovedor e transformador, passando a instrumento que é colocado a serviço da ordem constitucional.

3.2 A Prisão Preventiva no Processo Penal Brasileiro

Para Cruz (2006), as medidas cautelares, entre às quais se situa o instituto da prisão preventiva, são utilizadas para que sejam garantidos e protegidos os meios e os fins do processo penal, devendo ser utilizadas em circunstâncias excepcionais. No entanto, no Brasil, a prisão preventiva vem apresentando índices crescentes²⁹, sendo utilizadas como medidas de proteção e defesa social, sendo colocado em segundo plano o juízo de necessidade da medida e considerado o de conveniência.

Para que uma medida de prisão cautelar seja decretada é necessária a existência de um fato aparentemente punível. De acordo com o Código de Processo Penal, em seu art. 312, deve haver a prova da existência de um crime e indícios que sejam suficientes para a identificação da autoria. Unido a esse fato, é necessário também que seja verificada a situação de perigo criada pela conduta do acusado, estando esta ligada à possibilidade de sua fuga, que geraria graves prejuízos ao andamento normal do processo penal, bem como o risco de que o acusado prejudique o processo, dificultando a coleta de provas. Assim, o risco existente para o normal desenvolvimento do processo penal decorreria da liberdade do acusado. (LOPES JR., 2005, p. 195-196).

Não é exigido o juízo de certeza, mas de probabilidade razoável para que a prisão preventiva seja decretada. Logo, sua decretação deve estar bem

²⁹ In: LIMA, Renato Sérgio de et. al. (org.). **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2007, p. 80-81.

fundamentada, havendo um alto grau de probabilidade de que o delito tenha sido cometido pelo acusado, devendo ser ainda considerados o perigo de fuga, de ocultação de provas, bem como a gravidade do crime cometido.

Ainda que o Código de Processo Penal estabeleça em que circunstâncias a medida de prisão preventiva pode ser decretada, verifica-se a existência da possibilidade de percepções distintas e subjetivas a respeito de tais fundamentos. Citando Carnelutti, Lopes Jr. verifica que:

quando se diz que para emitir um mandado de captura é necessário que existam indícios suficientes de culpabilidade, não se está dizendo nada. A proposição “indícios suficientes” não diz nada. Como questiona o mestre italiano, devem ser suficientes, isso é óbvio, mas para quê? Sem indícios suficientes, sequer uma imputação pode ser formulada. Qual é o valor das provas de culpabilidade exigido para que o imputado possa ser detido? Será que é aquele mesmo para ser processado? (LOPES JR., 2005, p. 196).

Para que o problema colocado seja sanado, é necessário que seja feita a distinção entre juízo de probabilidade e de possibilidade, uma vez que não se pode falar, no caso em questão, de juízo de certeza (LOPES JR., 2005, p. 1976). Quando as razões favoráveis, assim como as contrárias à hipótese de utilização de uma medida de prisão cautelar são equivalentes, estamos diante de uma mera possibilidade. Neste caso, caberá ao Ministério Público provar de forma plena a culpabilidade do acusado, devendo haver um juízo de probabilidade jurídica ou, caso contrário, não haverá fundamento para a prisão cautelar. O juízo de probabilidade diz respeito à situação na qual é verificado o predomínio de razões positivas para que seja decretada a prisão cautelar do acusado. Além disso, não podem existir causas da exclusão da ilicitude (como legítima defesa, por exemplo).

Tratados internacionais que foram assinados após a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no sentido de regulamentar o princípio de presunção da inocência, que diz respeito à utilização das medidas que restringem a liberdade antes da condenação do acusado, explicitam requisitos importantes para a decretação das modalidades de prisão provisória (temporária e preventiva). Assim, é necessária a existência de requisitos materiais que autorizem a prisão, o controle judicial da prisão, a existência de condições materiais para o cumprimento da privação de liberdade, bem como a limitação prévia do tempo do cumprimento da medida. (BARRETO, 2007, p. 33-34).

Nesse sentido, existem princípios que limitam a aplicação da prisão provisória, devendo esta ser uma medida excepcional, no sentido de que deve ser utilizada apenas em casos excepcionais, uma vez que a regra deve ser a liberdade no curso do processo; ter um fim processual, devendo ser usada somente em caso de garantir o andamento normal do processo penal, não podendo significar, de modo algum, antecipação da pena; ser proporcional, tratando de impedir que o tratamento a ser dado ao acusado não seja mais gravoso que o previsto na sua possível condenação e provisória, já que a medida utilizada antes da condenação só poderá durar enquanto persistirem os motivos que justifiquem a sua decretação.

O princípio de *favor libertatis*³⁰, típico de regimes democráticos, se contrapõe à idéia de que uma intervenção muito severa do Estado pode produzir um maior controle da criminalidade, onde todos os culpados seriam, teoricamente, punidos. A importância deste princípio está no fato de inspirar a tarefa de interpretação e aplicação da norma penal pelo profissional do direito, uma vez que, perante a incerteza, deve optar pela solução que seja mais benigna aos interesses do acusado. No ordenamento jurídico penal brasileiro são encontradas algumas derivações desse princípio, como os recursos que podem ser utilizados pelos acusados, entre os quais a ação de Revisão Criminal³¹ e o pedido de *Habeas Corpus*³². (CRUZ, 2006, p.57-59).

Considerando o respeito à dignidade da pessoa humana, aceito como um princípio universal, no Brasil é tratado como fundamento da ordem política e social. Com a democratização do processo penal, o acusado, que antes era considerado mero objeto da lide, tendo o Estado plenos poderes para dele extrair a verdade,

³⁰ Nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso signifique a não punição de alguns indivíduos que praticaram atos delitivos. Nos regimes mais voltados para a defesa social, ocorre o contrário, uma vez que em detrimento das liberdades públicas, a liberdade individual é minimizada em favor da maior eficiência do sistema punitivo, acreditando-se na falsa idéia de que esses dois objetivos são incompatíveis entre si. In: CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.57.

³¹ Revisão Criminal é o recurso de características próprias, por meio do qual se reexamina, em face de um erro judiciário, o processo penal já ultimado por sentença condenatória passada em julgado, com a finalidade de ser pronunciada a anulação desta. In: HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo: Editora Primeira Impressão, 2007, p. 781.

³² Instituto jurídico e garantia constitucional cuja finalidade principal é a de proteger aquele que esteja sofrendo, ou na eminência de sofrer, limitações em seu direito individual de liberdade de locomoção ou de permanência num local ou no caso de se ver ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder. O *Habeas Corpus* é originário da Inglaterra e tem esse nome por abreviatura da ordem que obrigava o carcereiro a apresentar o *corpo* do preso à corte de julgamento. . In: HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo: Editora Primeira Impressão, 2007, p. 475.

mesmo sob forma de tortura, passa a merecer tratamento na condição de titular de direitos. Assim, passa a ocorrer um processo de “personalização” do acusado, onde começa a ser importante a investigação de seu passado, e sua história de vida passa a ser considerada no decorrer do processo penal, tornando-o protagonista da atividade processual. No entanto, a princípio o passado e a história de vida não podem influenciar a decisão sobre a culpabilidade do acusado.

Uma nova questão revela-se como consequência direta da colocação do acusado enquanto sujeito principal do processo penal: a vítima, que também deve ser respeitada no que toca à sua dignidade humana, deixa de ser referência fundamental do processo, sendo reduzida a objeto do delito. A neutralização da vítima significa, em termos práticos, sua fragilização e participação do processo penal apenas enquanto testemunha.

A aparente falta de atenção às necessidades da vítima pode ter como consequência o crescimento da demanda social por punição. Segundo Sánchez (2002), o punitivismo social passa por um processo de expansão também pelo fato de que a sociedade passiva (formada por indivíduos que afirmam que a total responsabilidade pela ocorrência de atos delitivos vem do autor da infração, não tendo a sociedade nenhum tipo de influência sobre o ato) tem como princípio acolher a vítima, colocada em segundo plano pelo sistema jurídico-penal, e de segregar o autor do delito, clamando por penas mais longas e rígidas.

Ainda que a demanda pela punição daqueles que praticaram delitos seja crescente, um dos direitos fundamentais que o Estado lhes oferece é o de proteção.

Entre esses direitos sobressai o direito à segurança, colocado ao lado do direito à liberdade logo no caput do art. 5º da Carta Magna, o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros – inclusive do acusado – mediante a correspondente e necessária ação coativa (*potestas coercendi*) ou punitiva (*ius puniendi*). (CRUZ, 2006, p. 65-66).

O direito à segurança também se configura como uma das formas de realização do princípio de dignidade humana. O Direito Penal serve de modo simultâneo, nesse sentido, para que seja limitado o poder de intervenção estatal e para que o crime seja punido. Assim, protege o indivíduo de um excesso repressivo

do Estado, bem como protege igualmente a sociedade e os membros que a compõem dos abusos do indivíduo.

Daí o porquê de propor-se uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais. Esse dever de efetivação, que, no âmbito criminal, poderia ser denominado “dever de proteção penal”, impõe ao Estado a obrigação de zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. (CRUZ, 2006, p.67-68).

O princípio de presunção de inocência ou não-culpabilidade, considerado o mais importante no processo penal, consiste em que se conceda ao acusado o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação. De acordo com este princípio, o acusado deve ser tratado com respeito e dignidade, não devendo ser equiparado ao indivíduo já julgado e condenado.

Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção da não-culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. Além disso, não se impõe ao acusado a prova de sua inocência, pois é ao órgão acusador que se atribui o ônus de provar a culpa daquele a quem imputa a prática da infração penal. (CRUZ, 2006, p.69-70).

Como conseqüência do princípio de presunção da inocência, pode-se verificar que as prisões cautelares não devem ser utilizadas como regra, mas como exceção. Logo, observa-se a justificativa para outro princípio: a excepcionalidade.

No que toca a legalidade e a jurisdicionalidade da prisão provisória sem que anteriormente haja intervenção judicial, deve-se atender aos critérios da previsão legal expressa. Ainda assim, para que uma medida de prisão cautelar seja aplicada, é necessário que a autoridade judiciária previamente competente a decrete. A exceção para esta regra ocorre apenas na hipótese de flagrante delito, em que qualquer pessoa pode (e é dever policial) dar voz de prisão ao transgressor (CRUZ, 2006, p.80).

Ao ocorrer o caso de prisão decorrente de flagrante delito, esta somente será regularizada a partir da chancela judicial, a qual determina se o infrator continuará

preso ou se receberá liberdade provisória. Nos casos de prisão em flagrante, o indivíduo deve ser conduzido, sem demora, à presença de juiz ou autoridade judiciária competente. Deste modo, seriam minimizadas as possibilidades de abuso no encarceramento do indivíduo preso em flagrante.

Inferível, dessarte, que tanto pelas regras em vigor, quanto de *lege ferenda*³³, é a prisão preventiva (em sentido estrito) aquela que se poderia considerar o epicentro do sistema das prisões cautelares, porquanto nenhuma outra modalidade de cautela provisória pode ser decretada e subsistir (partindo-se, obviamente, do pressuposto de que existam provas ou indícios que evidenciem o *fumus comissi delicti*³⁴) sem que esteja presente o *periculum libertatis*³⁵, identificados nas hipóteses positivadas no art.312 do Código de Processo Penal³⁶ – ou no caso da prisão temporária, nos incisos do art. 1º da Lei 7.960/89 – a saber necessidade da prisão como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. (CRUZ, 2006, p.83).

A prisão em flagrante não será mantida em caso de crime culposo, de acordo com Cruz, a partir do momento em que o juiz, ao verificar pelo auto de prisão e ouvir o Ministério Público, decretar a liberdade provisória mediante a assinatura de termo de comprometimento ao comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação³⁷. Também o mesmo procedimento poderá ocorrer quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inexistência de qualquer uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva³⁸.

Toda a medida cautelar possui caráter provisório, uma vez que só pode ser mantida enquanto forem verificados os requisitos que a caracterizam como necessária³⁹. Quando a medida tem como seqüência sentença condenatória irrecorrível, persistindo assim a prisão do sentenciado, este deixa de ser sujeito de

³³ Refere-se à lei a ser promulgada.

³⁴ Probabilidade do cometimento de um delito.

³⁵ Situação de fato que se caracteriza pela iminência de um dano decorrente da liberdade do acusado.

³⁶ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

³⁷ Vide art. 310 do Código de Processo Penal. In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁸ Vide parágrafo único do art. 3110 do Código de Processo Penal. In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁹ “O Código de processo Penal, em seu art. 317 estabelece que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. In: CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.87.

uma medida cautelar e passa a sofrer uma sanção penal, a qual terá definido o tempo de cumprimento da pena.

Nenhuma prisão é, portanto, definitiva. A prisão-pena tem um prazo máximo de duração, fixada na sentença, mas pode ser abreviada pelos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais. A prisão cautelar, por sua vez, não tem prazo definido, devendo perecer tão logo cesse o motivo que a justificou. Mesmo a prisão temporária, que possui prazo de duração fixado em lei – entendemos que o prazo legal é apenas um limite, podendo o juiz fixar número de dias inferior ao máximo previsto [de cinco dias, podendo ser prorrogada por igual período] -, também deve cessar tão logo se torne desnecessário manter o indiciado preso. (CRUZ, 2006, p.87-88).

Ao decretar uma medida de prisão cautelar, o juiz responsável deve explicitar, de modo claro e preciso, as razões para o recolhimento, demonstrando quais os motivos concretos que justificaram a decisão.

Intoleráveis, portanto, decisões judiciais que se limitam a uma vasta repetição de jargões ou de expressões jurídicas abstratas, reprodutoras, muitas vezes, de um comodismo intelectual daqueles a quem a parte confiou uma prestação jurisdicional mais qualificada. De qualquer modo, é dever do magistrado explicitar o seu convencimento quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, se forem indicados os motivos pelos quais se decreta a prisão, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se à autoridade judicial a dizer que a prisão temporária é imprescindível para as investigações do inquérito policial (inciso I do art. 1º da Lei 7.960/89), ou que a liberdade do acusado põe em risco a ordem pública (art. 312 do CPP). (CRUZ, 2006, p.90).

No que se refere à proporcionalidade de uma medida cautelar, devem ser verificadas três máximas que a concretizam: adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito⁴⁰. Quanto à primeira máxima, a adequação, seu sentido está diretamente ligado ao fato de que para que uma medida cautelar seja legítima, tendo assim a capacidade de produzir o resultado esperado, deve mostrar-se adequada e eficaz na proteção do direito que se encontra ameaçado na situação concreta.

⁴⁰ De acordo com o Código de Processo Penal de 1987 português, citado como possuidor do mesmo sentido do brasileiro, é possível a compreensão da expressão “proporcionalidade em sentido estrito”: Art. 193º. Princípio de adequação e proporcionalidade

1 – As medidas de coação e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

2 – A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas e insuficientes as outras medidas de coação. . In: CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 95.

[Citando Steinmetz⁴¹] O juízo de adequação pressupõe que conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição do direito fundamental. Porém, o juízo de adequação nada informa acerca de qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é o mais ou menos eficaz, mas apenas se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado. (CRUZ, 2006, p.96).

A necessidade de utilização da medida cautelar é estabelecida quando verificada como alternativa menos gravosa ou onerosa para o acusado. Por esse princípio, se busca evitar a utilização de medidas restritivas de direitos, garantias ou liberdades que, mesmo legalmente adequadas, não são precisamente necessárias para que sejam obtidos os fins de proteção visados pela justiça.

É importante que seja citada, finalmente, a autorização da decretação da medida de prisão preventiva pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), nos casos em que ocorre violência doméstica e familiar contra a mulher, como medida protetiva de urgência, afastando o agressor, de modo a ser evitada uma nova agressão.

3.3 Prisão Provisória e Desigualdade Jurídica

A doutrina jurídica brasileira, explicitada em Manuais e Tratados de Processo Penal, entende que a prisão provisória somente pode ser utilizada em casos que sejam excepcionais, devendo haver prova da materialidade do crime, bem como indícios da autoria em que seja verificada a necessidade da garantia da ordem pública e econômica. Também pode ser decretada no sentido de garantir a aplicação da lei penal; devendo a liberdade condicional ser concedida a partir do momento em que cessarem as razões que justificaram a medida cautelar.

Ainda, deve-se considerar que o tempo e o regime da prisão provisória não podem ser mais graves do que a pena possivelmente sentenciada. A prisão provisória do réu em processo de rito ordinário não pode ser maior do que 81 dias, ressalvados os casos em que o mesmo provocou a demora e os casos mais complexos. (BARRETO, 2007, p. 49).

⁴¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

No entanto, de um ponto de vista sociológico, o conjunto de transformações que se encontram em movimento contínuo, como conseqüências diretas do processo de globalização, geram uma crise no modelo de Estado de Direito Democrático, e produzem uma profunda transformação na função da prisão provisória: ela passa a assegurar o controle social que é exercido pelo Estado (KATO, 2005, p.1-5).

Dessa forma, a prisão preventiva deixou de ser utilizada apenas para garantir o andamento do processo e a execução das penas, passando a funcionar de acordo com uma nova ideologia da punição em que o encarceramento massivo dos excluídos proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade. A citada medida cautelar, segundo Kato, faz parte de um conjunto de medidas processuais que crescem enormemente, no sentido de que seja preservada a ordem social injusta e excludente, através da falsa idéia de segurança pública, através da qual é iniciado um processo irreversível de controle e estigmatização das camadas sociais economicamente inferiores (KATO, 2005, p.5-9).

O atual contexto do processo penal estaria ligado a uma lógica de emergência da legitimação da repressão. O processo penal de emergência surgiria como conseqüência a um processo constante de crise dos valores morais e éticos, atravessado pelas sociedades contemporâneas, que vêem no Direito Penal um saída para a garantia da coesão e da ordem social.

A esperança de transição democrática na América Latina, ocorrida a partir dos anos 80, seguia no sentido de que o fim das ditaduras significaria a consolidação de um Estado de Direito que priorizasse a proteção dos direitos humanos. Contudo, o Estado, bem como as classes sociais economicamente dominantes, não foram capazes, ou mesmo não tiveram o interesse focado em assegurar esses direitos humanos fundamentais a todos, uma vez que não houve a implementação de políticas públicas que fossem eficazes para tanto.

A crise social, amenizada pela euforia do advento de uma Constituição Federal democrática, hoje manipulada pela construção de um imaginário cenário de medo, pânico e insegurança, face à crescente criminalidade custeada e reproduzida pelos meios de comunicação, que clamam e exigem a punição e a repressão, pode provocar uma idéia falsa de que o tema ora escolhido caminha na contramão da legislação penal-processual, sendo, por isso, inoportuno e inadequado ou quiçá, surrealista. O certo, porém, é que foi essa mesma realidade que nos impôs pensar na função do processo penal, hoje utilizado, com bastante franquia, como um processo emergencial, assim como na função dos *operadores do direito* como co-responsáveis pela busca de um compromisso de reconstrução da função social do direito. (KATO, 2005, p.74-75).

O processo penal de emergência, nascente de uma situação de desordem social, tem suas bases na manutenção da lei e da ordem social através da criminalização de condutas e repressão social. Busca-se a exclusão daqueles indivíduos considerados excedente, os quais não têm condições ideais de consumo na sociedade contemporânea, na qual a relevância social de cada indivíduo é medida através de seu poder de compra, mantendo-os sob constante controle ideológico e social pelas práticas de incriminação e repressão.

Ao romper com os princípios e direitos constitucionais, o processo penal de emergência gera o agravamento da situação do acusado, colocando de forma velada sua intenção de excluir socialmente o réu/acusado para assegurar sua intenção de manter uma determinada ordem social. Para que isso ocorra, são utilizados alguns institutos penais, como, por exemplo, o uso indiscriminado da medida de prisão provisória, fato que acaba por inverter a lógica do princípio de presunção da inocência, uma vez que acaba sendo passada ao acusado a responsabilidade de comprovar sua inocência.

Assim, a crescente utilização da prisão provisória para determinados acusados acaba por demonstrar a intenção estatal de responder de modo imediato à demanda punitiva da sociedade, através da adequação do processo cautelar como instituto promotor de garantia da segurança pública.

A partir do momento em que a prisão provisória perde seu princípio de excepcionalidade, passando a instrumento de segregação social, são violadas normas fundamentais que anteriormente atribuíram direitos ao acusado durante o processo (direito à prova, à ampla defesa), já que o acautelamento provisório passa a ser utilizado também como uma garantia para a aplicação da eventual sanção penal. A necessidade do Estado de respeitar o direito à liberdade não poderia privar

dela o acusado, uma vez que anteriormente deveria ser formulado um juízo de culpabilidade que fosse pautado em um processo penal legal e válido.

O nascimento do princípio de presunção da inocência no Brasil teve como referência o princípio de não culpabilidade da Constituição Federal Italiana de 1917, que entrou em vigor a partir da idéia de que fosse revigorado o regime democrático baseado em ideais liberais, no período pós-guerra. O princípio foi simplesmente equiparado ao texto italiano, o que acabou por gerar desentendimentos sobre sua importância e utilização (KATO, 2005, p.110-111).

Mesmo que a Súmula 9 do STJ afirme que a exigência da prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência, é necessário que sejam apontados elementos contrários. A leitura dogmática brasileira acaba por encobrir uma ideologia de dominação que legitima a desigualdade social: requisitos que autorizam que seja decretada a liberdade provisória dificilmente podem ser atendidos pela grande maioria da clientela atingida pelas medidas de prisão provisória.

Como, por exemplo, podemos admitir que a lei pressuponha como condição para a liberdade provisória a comprovação, pelo réu, de residência fixa e de trabalho formal, pressupostos necessários à avaliação da garantia da aplicação da lei penal, ou seja, indício satisfatório de que não irá furtar-se ele, réu, da execução da pena. (KATO, 2005, p.108).

O Estado não poderia cobrar do réu tais condições para conceder-lhe liberdade, uma vez que quase não oferece ao mesmo mínimas condições de bem estar social, como saúde e educação; e no que se refere ao quesito trabalho formal, deve-se ainda levar em conta a situação de grande parte dos cidadãos brasileiros que, não encontrando vagas de emprego formal, buscam no trabalho informal condições de sobrevivência. A clientela do sistema penal é formada por indivíduos que também possuem enormes carências de moradia, sendo a grande maioria dos réus pessoas pobres, sendo justificada a prisão cautelar pelo perigo de fuga do mesmo, uma vez que a localização do mesmo passa realmente a ser praticamente impossível.

O Estado tem como fundamento de sua existência a plena cidadania que se revela no exercício dos direitos individuais e sociais, incluindo, dentre outros, o direito ao trabalho e à moradia. É notório que o excluído economicamente não possui trabalho regular e sequer moradia fixa, vivendo em locais periféricos, por vezes em ruas e praças. O texto legal legitima a desigualdade social, na medida em que exige [...] que o sujeito seja cidadão, mas é o próprio Estado que lhe nega esta condição. (KATO, 2005, p.128).

O processo penal, como já anteriormente citado, é instrumento de garantia dos direitos fundamentais individuais e deve ter como fundamento a imparcialidade (formal) do julgador, o qual tem a atividade limitada à valoração objetiva e subjetiva do fato a que julga e qualifica juridicamente.

[...] a garantia do processo penal como forma de controle punitivo estatal, a natureza do conflito discutido, da *res in judicium deducta*⁴², e pela própria função peculiar do juiz no sistema acusador, como garantidor e responsável pela fiscalização do devido processo legal e como sujeito processual a legitimar a decisão, pela valoração e pela qualificação jurídica do fato, além de outros fatores. É nessa perspectiva, que deve-se adotar uma teoria própria, que se irá estudar a existência u não do poder cautelar geral do juiz. [...] No processo penal, a exigência de um poder cautelar geral não se revela pelo poder de aplicar medidas inominadas, mas sim pelo poder que o juiz possui de valorar a admissibilidade cautelar da decretação da medida constrictiva de direitos, medida essa já prevista em sua existência pelo legislador, face ao princípio da legalidade. A valoração, sim, caracteriza o exercício do poder de cautela do juiz. Este, deve exercer seu poder cautelar na aferição da urgência e da necessidade da medida, com valoração vinculada aos pressupostos legais. Por esta razão, há de se suprimir qualquer comando legal que imponha ao juiz a decretação da cautelar de forma automatizada e mecanizada, retirando dele, julgador, o seu poder de decidir pela pertinência ou não da medida cautelar. (KATO, 2005, p.104).

A leitura tradicional do Código de Processo Penal, na qual a prisão cautelar é utilizada como segurança à obtenção da sentença judicial legítima e justa, devendo ser aplicada apenas em casos de excepcionalidade e com devida motivação, acaba por permitir a utilização desmedida da prisão cautelar como medida punitiva e antecipatória da punição. Desse modo, fere-se o princípio de presunção da inocência, o qual não admite prisões cautelares finais, uma vez que o legislador deveria, de acordo com a mesma leitura tradicional, tratar o acusado como inocente, devendo o processo penal não ser instrumento meramente punitivo, mas garantidor dos direitos fundamentais.

De acordo com Kato, o fato de serem obedecidos os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, assim como a garantia da motivação do

⁴² Questão debatida em júízo.

ato decisório, não é suficiente para que sejam assegurados os direitos fundamentais de igualdade e liberdade, pois, segundo a autora,

[...] a razão da prisão provisória não está contida, como aparenta, na finalidade processual, sendo ela, na verdade, aplicada como instrumento punitivo, de antecipação da pena, na medida em que a sua própria concepção legal se reveste de elementos de discriminação social que somente alcançam parte da população empobrecida e excluída. (KATO, 2005, p.107).

Logo, a prisão provisória encontra-se colocada na lógica da repressão social, passando a instrumento de controle social. Nesse contexto, é primordial que o juiz, ao exercitar seu poder cautelar, se comprometa com a ética e se responsabilize pela aplicação dos direitos fundamentais, não tendo suas decisões impregnadas pela demanda punitiva. A decretação de uma medida cautelar como garantia da ordem pública fere o princípio da legalidade, sendo um conceito vago, amplo e subjetivo, além do que, auxilia a utilização arbitrária das prisões.

Como requisito para a utilização da prisão cautelar, a necessidade de preservação da ordem pública acaba por demonstrar que possui uma função de segregação social, de controle ao acusado, que é, assim, excluído da sociedade. Este quesito serve também aos cidadãos que clamam por mais punição, conferindo aos mesmos uma sensação aparente de segurança, uma vez que, através da medida de prisão, a “classe social perigosa” está sendo devidamente reprimida.

Segundo Cruz, as medidas cautelares entram em uma lógica do sofrimento, na qual a prisão é utilizada como meio de separação entre os bons e os infratores.

As assim chamadas penas alternativas – multa, prestação de serviços à comunidade, restrições de direitos – são aceitas como formas menos aflitivas de punição, mas, no imaginário popular, somente quando o criminoso é recolhido a uma prisão há, efetivamente, a esperada punição. (CRUZ, 2006, p. 10).

Outras questões relevantes que estão relacionadas ao sofrimento provocado pelas medidas de prisão cautelar são a diferença de tratamento oferecido ao preso provisório e a indeterminação do período no qual o acusado permanecerá preso, uma vez que este não sabe por quanto tempo permanecerá aguardando sua liberdade.

Quem está preso cautelarmente sofre de particular angústia de não saber se estará ainda preso no dia seguinte, na semana seguinte ou mesmo no ano seguinte, haja vista que, enquanto não houver nova decisão judicial, a sua custódia provisória se protraí até o momento da definição de seu caso. (CRUZ, 2006, p. 16).

Quanto à diferença de tratamento oferecido a presos provisórios e definitivos, percebe-se, muitas vezes, a situação dos primeiros geralmente pior do que a dos segundos. Enquanto os presos definitivos podem gozar de direitos como banho de sol, estudo e lazer, por exemplo, além de outros benefícios previstos pela Lei de Execuções Penais, o provisório é colocado em locais impróprios e não separados como é exigido por lei⁴³.

O recolhimento do indivíduo que praticou ato delitivo a um estabelecimento prisional tem como significado para a população de que esse não permaneceu impune, pouco importando, mesmo quando há a compreensão da diferença (fato raramente observado), se está preso cautelarmente ou se cumpre prisão-pena. Manter o indivíduo solto, além de significar a impunidade, também significa que o crime cometido não encontrou resposta efetiva por parte do Estado. Logo, a sensação de insegurança e de incredulidade nos mecanismos de controle estatais torna-se crescente, fato este que só pode ser resolvido, de forma rápida, com a prisão do acusado, acalmando assim o sentimento de medo e de indignação da sociedade. (CRUZ, 2006, p. 12).

Em pesquisa realizada sobre a incidência da prisão provisória em casos de furto em cinco regiões brasileiras (Recife, Belém, São Paulo, Distrito Federal e Porto Alegre), Barreto (2007) traz importantes dados para a verificação de como a questão é tratada pelos Tribunais nos locais analisados. É verdade que a presente dissertação não pretende analisar unicamente os casos de furto, mas acredita-se que os dados trazidos pela autora mostram-se de grande relevância para o entendimento a respeito do funcionamento jurisprudencial na cidade de Porto Alegre, comarca onde foram impetrados os pedidos de habeas corpus que fazem parte do universo a ser verificado nesta dissertação.

⁴³ De acordo com o art. 84 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7210, de julho de 1984), o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Ainda de acordo com os art. 102-104 da mesma lei, os presos provisórios devem ser recolhidos em cadeias públicas, as quais devem estar presentes em todas as comarcas da federação, para que o preso permaneça em local próximo ao seu meio social e familiar, sendo instalada próxima de centro urbano. In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Ao analisar os casos em que houve prisão ocasionada por flagrante delito⁴⁴, a autora verifica que, no Brasil, a prática dos juízes é em regra a da manutenção da prisão.

[Este fato] nos leva a concluir que o controle do flagrante realizado pelo Poder Judiciário na maioria das localidades pesquisadas, diferentemente do que dispõem as regras brasileiras, é meramente formal. Ou seja, não há decisão motivada de autoridade judicial determinando a prisão, de forma que a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial tem sido suficiente para justificar a custódia. (BARRETO, 2007, p.53).

Em Porto Alegre, de forma diferenciada do que acontece nas outras localidades verificadas, os juízes agem de forma diversa. As prisões decorrentes de flagrante delito que são mantidas na capital após a comunicação formal é significativamente inferior a dos demais locais observados, tendo como percentual 31,90% dos casos, enquanto a cidade em que se verifica o maior percentual, Belém, é de 92,10%.

Pode-se observar, através dos dados trazidos por Barreto que o princípio de excepcionalidade, no que tange as prisões provisórias decorrentes de furto, não é respeitado. Mesmo que na cidade de Porto Alegre os índices verificados sejam mais baixos do que os do restante das localidades, ainda são muito altos para que a decretação das medidas seja considerada excepcional.

A autora observa também que a formação do inquérito policial é um fator de suma importância para a decretação da prisão preventiva. Quando a investigação é iniciada por portaria (iniciada pelo delegado de polícia ao receber uma queixa crime), a medida simplesmente não acontece. Logo, é a existência do auto de prisão em flagrante que acaba por motivar a prisão e não a existência dos requisitos de garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e etc.

Quanto ao prazo no cumprimento das prisões preventivas, também podem ser verificados excessos, o que demonstra a violação do princípio de razoabilidade de forma generalizada. Os prazos que deveriam ser de, no máximo, 81 dias são extrapolados em todas as localidades pesquisadas por Barreto.

⁴⁴ O indivíduo que é pego praticando um delito é imediatamente autuado e levado à prisão, somente sendo exceção os crimes de menor potencial ofensivo (com pena prevista em lei de até dois anos de reclusão). A prisão deve ser comunicada em 24 horas para a autoridade judicial competente, a qual analisará o flagrante, verificando, assim, e existem os requisitos para que seja decretada a prisão cautelar.

Observa-se que em Recife, Belém e São Paulo, mais de 35% das prisões provisórias duram mais de 100 dias [...]. No Distrito Federal e em Porto Alegre, o excesso de prazo também ocorre, mas com menor frequência (7,72% e 8,47%, respectivamente). (BARRETO, 2007, p.57).

Outro importante fato verificado é a desproporcionalidade entre a medida de prisão provisória e a provável pena que será decretada ao indivíduo pelo delito cometido nos casos de furto. Na maioria dos casos analisados pela autora, não houve condenação final de privação de liberdade, sendo o regime aplicado, na maioria das vezes, menos severo que o da prisão provisória e, nos casos em que a pena privativa de liberdade seria executada, o tempo decretado seria inferior ao que o réu permaneceu recluso (BARRETO, 2007, p.63).

No tocante ao caso onde as medidas de prisão provisória são verificadas como antecipação da pena, a autora verifica a problemática ao perceber que no momento do pedido de liberdade provisória, o juiz acaba por fazer uma espécie de projeção sobre o regime que poderá vir a ser aplicado de acordo com o delito praticado, de modo que o réu passa a ter muito mais chances de ter negado o pedido nos casos em que tem chances de ser condenado a regimes mais graves.

A vulnerabilidade social dos réus criminalizados pelo sistema penal se volta, necessariamente, àqueles que possuem pequenas possibilidades de defesa frente ao sistema punitivo. No que se refere à escolaridade dos réus que praticaram crime de furto em Porto Alegre, um total de 82,1% possuem até o ensino fundamental completo, sendo este dado muito parecido com os percentuais encontrados pela pesquisadora nas demais localidades verificadas.

Em Porto Alegre, para os crimes de furto, apenas 20% dos réus contrataram advogado particular e, o fato de 56,32% deles encontrarem-se desempregados, acabou por dificultar seus pedidos de liberdade provisória, uma vez que um dos critérios requeridos para tanto é o de que o réu possua trabalho formal.

3.4 Problemas acerca da cautelaridade da medida de prisão preventiva

Como citado anteriormente, a prisão preventiva apresenta elementos de cautelaridade nos quais deve estar pautada: conveniência da instrução penal,

garantia da aplicação da lei penal e garantia da ordem pública⁴⁵. Os dois primeiros elementos citados podem ser considerados menos problemáticos em sua aplicação: no caso da decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução penal, a justificativa de sua cautelaridade pode estar pautada nas ações do réu de tentativa ou de destruição de provas, na tentativa ou suborno de testemunhas, peritos ou funcionários da justiça, bem como ameaças ou violências contra testemunhas, a funcionários da justiça, etc. Quando a decretação da medida é motivada para a garantia da aplicação da lei penal, a cautelaridade pode ser justificada pelo perigo de fuga do réu, de modo que a pena que eventualmente possa ser imposta terá a impossibilidade de ser cumprida.

No que tange ao fundamento de garantia da ordem pública, o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, em que pese a contrariedade de alguns de seus integrantes, é o de que a decretação da prisão preventiva baseada neste elemento é justificada quando há a necessidade de que a integridade física ou mesmo psíquica do réu ou de terceiros sejam resguardadas; quando se tem o objetivo de que sejam impedidas novas práticas criminosas por parte do réu, desde que “lastreado em elementos concretos expostos fundamentalmente no decreto da custódia cautelar”; e para que seja assegurada a credibilidade das instituições públicas, especialmente a do poder judiciário (AZEVEDO, A., 2008, p. 73-75).

Os argumentos acima citados podem ser considerados problemáticos na medida das polêmicas que podem levantar. Neste sentido, pode-se dizer que, encarcerar o réu com o intuito de que seja protegida sua integridade física ou psíquica torna-se um argumento irracional, uma vez que as condições do local onde o réu possivelmente cumprirá a medida são, por si só, uma ameaça; além de que, para que o réu receba proteção contra a violência de outrem, as autoridades competentes deveriam agir, sendo que esta ação não é realizada, necessariamente, pela prisão preventiva.

⁴⁵ No artigo 312 do Código de Processo Penal e no artigo 30 da Lei 7.492/86, são verificados cinco elementos de cautelaridade: conveniência da instrução penal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica e magnitude da lesão causada nos crimes contra o sistema financeiro nacional. O fato de crimes de ordem econômica serem de responsabilidade da justiça federal justifica o não aprofundamento a respeito dos últimos dois elementos de cautelaridade citados pelo autor. In: AZEVEDO, André Gomma de. Propostas para um estudo das prisões preventivas extraprocedimentais. In: SILVA, Marcelo Cardozo da. **Prisão em Flagrante e Prisão Preventiva**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4º Região: Cadernos de Direito Penal, 2008, p. 73.

O segundo argumento também pode ser observado como problemático, sendo explicitado o contrário por membros do próprio STF (Min. Gilmar Mendes, Min. Cármen Lúcia, Min. Joaquim Barbosa, Min. Eros Grau, dentre outros): a gravidade do crime praticado, bem como os antecedentes do réu não podem ser considerados suficientes para justificar, por si sós, a prisão preventiva do mesmo (AZEVEDO, A., 2008, p.77).

Cabe citar ainda que, mesmo que a crescente demanda social punitiva pressione de forma significativa o poder judiciário, muitos ministros do STF (aqueles anteriormente citados, dentre outros) entendem que o clamor público e o abalo social provocados pelo delito não podem ser transformados em justificativa para que alguém seja preso cautelarmente; o estado de comoção social e indignação popular, motivados pela prática do delito, não podem legitimar a decretação da medida cautelar de prisão preventiva (AZEVEDO, A., 2008, p.78).

Deste modo, pode-se concluir que o STF caminha na direção da real garantia dos direitos individuais, bem como da sua manutenção. O pensamento garantista passa a nortear suas decisões no sentido de que sejam dadas justificativas racionais para a decretação ou manutenção de prisões cautelares, fato que começa a por em xeque o argumento referente à questão da manutenção da ordem social.

Ainda assim, deve-se lembrar que a presente dissertação trata da questão da prisão preventiva no âmbito estadual, ou seja, dos delitos que são julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais especificamente na comarca de Porto Alegre. Desta forma, é necessário observar que as decisões judiciais realizadas por este tribunal podem não ir necessariamente ao encontro do entendimento do STF.

4 A prisão preventiva no sistema judiciário do Rio Grande do Sul nos anos de 2005 e 2006: análise do discurso utilizado pelas oito câmaras criminais do TJ/RS nos julgamentos de pedidos de habeas corpus na comarca de Porto Alegre.

O quarto capítulo desta dissertação pretende apresentar alguns dados oficiais sobre o sistema penitenciário do Rio Grande do Sul, disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, explicitar como se dá o funcionamento dos grupos e câmaras criminais do Tribunal do estado e, finalmente, demonstrar como foi realizada a pesquisa, bem como os resultados por ela obtidos.

O capítulo está dividido em três partes. A primeira parte busca trazer dados sobre a realidade da prisão preventiva no estado do Rio Grande do Sul durante os anos de 2005, 2006 e 2007. É demonstrada a grande variação no número de presos cumprindo a medida nos três anos verificados, assim como a mudança na quantidade de presos preventivos de acordo com tipo criminal entre 2006 e 2007.

A segunda parte demonstra como foi realizada a pesquisa, desde a busca textual no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, até sua operacionalização. Nesta parte também são trazidas informações sobre como ocorre o funcionamento dos grupos e câmaras criminais, suas funções e responsabilidades, além de mostrar alguns resultados da pesquisa realizada.

Finalmente, a terceira e última parte do capítulo demonstra a tentativa de analisar, através de conceitos de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann, anteriormente explicitados, o discurso utilizado pelos desembargadores das Câmaras Criminais do TJ/RS no julgamento de pedidos de habeas corpus.

4.1 Os dados oficiais: dificuldade para encontrar um diagnóstico preciso.

Partindo-se da necessidade da formação de um conhecimento mais preciso sobre a realidade na qual está inserido o objeto de análise da presente pesquisa,

buscou-se realizar um apanhado dos números disponíveis sobre presos provisórios no estado do Rio Grande do Sul. Deve-se deixar claro que, mesmo que a pesquisa sobre os acórdãos judiciais tenha sido realizada em processos pertencentes à comarca de Porto Alegre, os números encontrados em fontes oficiais⁴⁶ dizem sempre respeito à totalidade das comarcas estaduais, sendo impossibilitada a análise de cada uma delas. Outro ponto a ser esclarecido é o que diz respeito ao fato dos números abaixo citados serem referentes a presos provisórios: não são encontrados dados específicos sobre presos preventivos, mas se deve levar em conta que presos provisórios podem ser aqueles que cumprem medida de prisão temporária e preventiva, sendo que, normalmente, quando a primeira tem seu prazo expirado, passa a ser utilizada a segunda.

De acordo com o relatório InfoPen, disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – o estado do Rio Grande do Sul apresentou uma substantiva variação no seu número de presos provisórios entre os anos de 2005 e 2007. No ano de 2005, o estado possuía 6.464 presos preventivos, sendo destes 6.153 do sexo masculino e 311 do sexo feminino. Estes presos representavam, na época, 29,18% da população prisional gaúcha, formada por 22.150 presos em regime fechado, semi-aberto e aberto.

Em 2006, ocorre a diminuição expressiva do número de presos provisórios no estado, que passam a ser 3.159 (2.924 homens e 235 mulheres). Este dado demonstra uma redução de 48,87% se comparado ao ano de 2005. A percentagem de presos provisórios em relação ao total de presos também foi reduzida, passando a 13,64% do total de 23.154 presos.

Já no ano de 2007, o número de presos provisórios cresce 80,27%, passando a 5.695 indivíduos (destes 5.290 homens e 405 mulheres). Ainda assim, o total de presos provisórios ainda foi menor do que o do ano de 2005, representando em 2007, 22,93% da população prisional do estado no ano, que era formada por 24.829 indivíduos.

A tabela abaixo demonstra a variação no número de presos provisórios por tipo penal entre os anos de 2006 e 2007, de modo a demonstrar a variação anual

⁴⁶Ministério de Justiça – Execução Penal. **InfoPen**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>>. Acesso em: maio de 2008.

entre cada tipo. Mesmo que os dados sejam relativos a casos já julgados, observa-se que são representativos da medida cautelar.

Tabela 1 - Variação do número de presos, entre 2006 e 2007, de acordo com tipo penal

Crime (tentado/consumado)	2006	2007	Varição
Atentado Violento ao Pudor	280	345	+23,21%
Corrupção de Menores	07	10	+42,85%
Crime contra a Administração Pública	252	293	+16,27%
Crimes previstos na Lei de Armas	1.522	2.168	+42,44%
Estupro	393	386	-1,79%
Extorsão	59	72	+22,03%
Extorsão Mediante Seqüestro na Forma Qualificada	23	13	-43,48%
Falsificação de Documentos	187	204	+9,09%
Furto Qualificado	1.177	1.277	+8,49%
Furto Simples	484	512	+5,78%
Homicídio Qualificado	920	924	+0,43%
Homicídio Simples	805	1.010	+25,46%
Latrocínio	213	231	+8,45%
Quadrilha ou Bando	458	479	+4,58%
Receptação	982	1.178	+19,96%
Roubo Qualificado	5.295	5.302	+0,13%
Roubo Simples	864	925	+7,06%
Seqüestro	30	25	-16,66%
Tortura	12	06	-50%
Tráfico de Entorpecentes	2.467	1.588	-35,63%
Tráfico Internacional de Entorpecentes	57	39	-31,58%
Extorsão Mediante Seqüestro	17	13	-23,53%
Outros Crimes	4.125	6.887	+66,95%

Fonte: Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, 2008.

Ainda que a tabela acima demonstre a variação do número de presos de acordo com cada tipo penal, deve-se considerar o fato de que a extensa maioria dos crimes possui uma cifra negra imensurável, compreendida como a diferença entre o número de crimes efetivamente praticados e o número daqueles de que os órgãos do sistema penal tomam conhecimento e que fazem parte das estatísticas oficiais.

A cifra oculta da criminalidade pode ser compreendida como a lacuna correspondente entre a totalidade dos atos que são criminalizados que ocorreram em determinado local e tempo, relativos à criminalidade real, e os delitos que chegam ao conhecimento dos aparelhos do Estado, relativos à criminalidade registrada.

Muitas vezes o crime nem chega a *nascer* como fato estatístico, ou seja, não se dá a sua apresentação ou recepção no sistema de instâncias formais de controle: é o que acontece com a *criminalidade oculta*, expressão que abrange todo o crime que não atinge o limiar mínimo de crime *conhecido pela polícia*. Mesmo que nasça, nem sempre consegue *sobreviver*: do caudal da criminalidade conhecida pela polícia, nem toda é descoberta ou clarificada, objeto de acusação, julgamento, condenação. A passagem do crime de instância a instância [...] é inevitavelmente feita à custa da intervenção de margens maiores ou menores de *cifras negras*. (DIAS, ANDRADE, 1992, p. 133).

Um dos fatores passíveis de explicar parte da cifra negra passa pela perda da legitimidade tanto da força policial, quanto do sistema jurídico penal oficial. A descrença no auxílio policial ou judicial no sentido de sanar o dano causado pelo delito acaba muitas vezes levando indivíduos a buscarem soluções privadas para seus problemas. Porém, este movimento de perda da legitimidade do sistema penal pode ainda produzir uma atitude diversa: grupos sociais passam a reivindicar a maior criminalização e punição de condutas consideradas ameaçadoras.

As vítimas da criminalidade ou pessoas que se sentem diretamente ameaçadas reivindicam uma ajuda ou uma proteção eficazes. Isto é o que elas querem. E, neste aspecto, sua relação com o sistema repressivo atual é complexa. Muitos sabem – e alguns já tiveram a experiência – que, no estado atual, o dito sistema não traz nem esta ajuda, nem esta proteção. E não há dúvida de que as pessoas pedem uma mudança na situação atual. (HOULSMAN, DE CELIS, 1993, p.114).

De acordo com Lemgruber (2002), a falta de pesquisas regulares sobre vitimização e a informatização precária do Sistema de Justiça Criminal brasileiro impossibilitam a determinação da real criminalidade no país. Logo, pela falta de indicadores sobre o funcionamento do Sistema, não existe a possibilidade do mesmo ser avaliado objetivamente.

Não existem dados confiáveis para se determinar a “cifra negra” ou “taxa negra”. [...] Tampouco se pode conhecer a “taxa de atrito”, ou a proporção das perdas que ocorrem em cada instância do Sistema de Justiça Criminal, a partir do número de crimes cometidos, culminando com o número de infratores que recebem uma pena de prisão. Outra incógnita é a taxa de esclarecimento de crimes – quantidade de crimes em relação aos quais a polícia é capaz de indicar ao Judiciário um provável culpado, tomando-se como ponto de partida os crimes registrados. (LEMGRUBER, 2002, p. 157).

A pouca disponibilidade de dados oficiais que auxiliem a compreensão de situações mais pontuais a respeito do sistema penal do Rio Grande do Sul, bem

como de todo o território brasileiro, dificulta em muito a realização de um diagnóstico mais preciso. Porém, ainda que uma análise mais aprofundada acerca dos dados numéricos seja impossibilitada, os reais esforços da presente pesquisa estão colocados na interpretação dos discursos utilizados pelos desembargadores das câmaras criminais do estado em suas decisões de concessão ou denegação de pedidos de habeas corpus para indivíduos que cumprem a medida de prisão preventiva, expedida na comarca de Porto Alegre.

4.2. A análise dos discursos utilizados pelas câmaras criminais do TJ/RS: diversidade argumentativa e ideológica.

Para que a pesquisa fosse realizada, inicialmente foi feita uma busca textual no site do TJ/RS – denominada pelo sistema do site como “Pesquisa de Jurisprudência” – com os termos “habeas corpus”⁴⁷, “seção crime”, “comarca de

⁴⁷ Art. 273. O habeas-corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Art. 274. Os órgãos julgadores do Tribunal têm competência para expedir de ofício ordem de habeas-corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Art. 275. O Relator, ou o Tribunal, se julgar necessário, determinará a apresentação do paciente para interrogá-lo.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o Relator providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em sessão.

Art. 276. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a apresentação, salvo se gravemente enfermo ou não se encontrar sob a guarda da pessoa a quem se atribuir a prisão.

Art. 277. O Relator poderá ir ao local em que se encontrar o paciente, se este não puder ser apresentado por motivo de doença, podendo delegar o cumprimento da diligência a Juiz criminal de primeira instância.

Art. 278. Recebidas ou dispensadas as informações, ouvido o Ministério Público, o habeas-corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

Parágrafo único. O Relator poderá conceder medida liminar em favor do paciente até decisão do feito se houver grave risco de violência, convocando-se sessão especial, se necessário.

Art. 279. Ao Ministério Público, ao advogado do impetrante do curador e do autor da ação privada é assegurado o direito de sustentar e impugnar oralmente o pedido, no prazo de dez (10) minutos para cada um.

Art. 280. Concedido o habeas-corpus, será expedida a respectiva ordem ao detentor, ao carcereiro ou à autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.

§ 1º Será utilizado o meio mais rápido para a sua transmissão.

§ 2º A ordem transmitida por telegrama terá a assinatura do Presidente ou do Relator autenticada no original levado à agência expedidora, no qual se mencionará essa circunstância.

§ 3º Quando se tratar de habeas-corpus preventivo, além da ordem à autoridade coatora, será expedido salvo-conduto ao paciente, assinado pelo Presidente ou pelo Relator.

Art. 281. Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, esta será arbitrada na decisão.

Porto Alegre” (uma das 165 comarcas judiciais do estado), anos de 2005 e 2006 (sendo a busca separada em 24 meses) e acórdão como tipo de decisão.

O sistema de busca apresentou um total de 398 documentos, os quais foram armazenados e em seguida passaram por uma primeira análise, sendo descartados todos aqueles referentes a pedidos por parte do Ministério Público para manutenção ou expedição de medida de prisão preventiva, bem como aqueles em que o relator do julgamento verificava o pedido como prejudicado, quando o pedido de liberdade provisória havia perdido o objeto.

Após serem descartados estes documentos, o número de acórdãos⁴⁸ a serem analisados passou a um total de 308. Estes tiveram seus dados tabulados em

Art. 282. Verificada a cessação de violência ou coação ilegal, o pedido será julgado prejudicado, podendo, porém, o Tribunal declarar a ilegalidade do ato e tomar as providências cabíveis para punição do responsável.

In: **Código de Organização Judiciária do Estado - COJE - Lei 7356/80**. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/legisla/indice_leg.php>. Acesso em: junho de 2008.

⁴⁸ Art. 202. O acórdão será redigido pelo Relator e apresentado para publicação no prazo de trinta (30) dias.

§ 1º Esgotado o prazo, o Presidente do Tribunal poderá, a requerimento de qualquer das partes ou do órgão do Ministério Público, designar outro membro que tenha participado do julgamento para redigi-lo, assim procedendo obrigatoriamente se o acórdão não for lavrado decorridos trinta dias (30) da reclamação. Igual procedimento adotar-se-á nos casos de aposentadoria ou falecimento do Relator.

§ 2º Quando o Relator for vencido, será designado para Redator do acórdão o julgador que proferiu o primeiro voto vencedor. O Relator vencido na preliminar, ou só em parte no mérito, redigirá o acórdão.

§ 3º O Relator rubricará as folhas do acórdão que não tenham sua assinatura.

§ 4º As disposições do presente artigo, no que forem compatíveis, aplicam-se às declarações de voto.

Art. 203. Se, decorrido o prazo de cento e vinte (120) dias da data do julgamento, o acórdão ainda não houver sido lavrado, o serviço de processamento de dados automaticamente redistribuirá o processo ao Presidente do Tribunal que o requisitará e lavrará, ou designará outro julgador como Redator do acórdão, comunicando o fato ao Órgão Especial, ressalvada ao designado a possibilidade de recusa.

Parágrafo único. Verificando-se o atraso na lavratura de voto vencido, os autos serão remetidos ao Relator, que lavrará o acórdão com a menção da existência do voto vencido e remissão a este parágrafo.

Art. 204. Os acórdãos, com a ementa, terão a data do julgamento e serão assinados pelo Relator e rubricados pelos que declararem o voto.

§ 1º Constarão do extrato referente ao processo os nomes dos julgadores que tenham tomado parte do julgamento.

§ 2º Antes de assinado o acórdão, a Secretaria o conferirá com o extrato do processo e se houver discrepância, os autos serão encaminhados à mesa e o órgão julgador fará a correção necessária.

Art. 205. Assinado o acórdão, as conclusões serão remetidas dentro do prazo de quarenta e oito (48) horas à publicação no Diário da Justiça.

§ 1º Publicadas as conclusões, os autos somente sairão da Secretaria durante o prazo para interposição do recurso cabível, nos casos previstos em lei.

§ 2º Nos autos serão lançadas certidões com a data da publicação das conclusões do acórdão.

§ 3º A intimação pessoal, quando for o caso, poderá ser realizada nos autos ou por mandado.

In: **Código de Organização Judiciária do Estado - COJE - Lei 7356/80**. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/legisla/indice_leg.php>. Acesso em: junho de 2008.

formulário montado com o auxílio do programa SPHINX e, posteriormente, tratados através do mesmo. Além da análise quantitativa, foram também selecionados trechos de acórdãos, representativos das posições expressas nas decisões do TJ/RS, para a análise qualitativa do conteúdo das mesmas.

Tavares dos Santos (2001) observa que o desenvolvimento das metodologias informacionais expande as possibilidades nas práticas da pesquisa sociológica. Segundo o autor, são várias as atividades de investigação social que possuem a possibilidade de utilizar ferramentas informacionais, as quais estão acessíveis e disponíveis para serem compartilhadas pelo pesquisador nas instituições de pesquisa e ensino, sendo essas públicas ou privadas, auxiliando pesquisadores na produção do conhecimento.

Os programas de análise qualitativa informacional possuem quatro aspectos considerados fundamentais para o autor: a) origem do *design* por colaboração entre os usuários e os especialistas em computação; b) usos específicos; c) acessibilidade restrita; d) *expertise* entre os usuários. (TAVARES DOS SANTOS, 2001, p. 124). Através desses programas podem ser buscados e analisados matérias, tanto numéricos quanto alfanuméricos, o que acaba por enfatizar a necessidade de codificação dos dados. Esse processo comporta algumas fases que, segundo o autor, são:

- 1) desenvolvimento de uma base de codificação para perguntas pré-codificadas ou abertas e para qualquer material que sirva de documento para a pesquisa; 2) elaboração de um livro de código e das instruções de codificação; 3) codificação de questionários ou de outros materiais; 4) transferência dos valores codificados para o computador, mediante os mais diversos programas aplicativos. Poderíamos incluir, ainda, uma quinta fase na qual se estruturaria o desenho da análise dos materiais da pesquisa, orientado pelo projeto da investigação, e que deveria resultar na montagem das inferências interpretativas a serem explanadas sociologicamente, condensadas em um sumário do texto final. (TAVARES DOS SANTOS, 2001, p. 124-125).

Assim, esses programas facilitam a análise qualitativa de conteúdos dos discursos selecionados para a realização de dada pesquisa social e possibilitam que o pesquisador consiga agregar um maior número de dados que poderão ser analisados qualitativa e quantitativamente em períodos de tempo mais curtos, e de maneira mais efetiva e eficaz.

Em cada documento analisado foram recolhidos dados que apontavam a câmara criminal responsável pelo julgamento, os desembargadores participantes, as justificativas utilizadas para a concessão ou não do pedido de habeas corpus, a justificativa utilizada por quem impetrou o pedido, o delito praticado e dados sobre os antecedentes do réu, quando estes apareciam no acórdão.

A comarca de Porto Alegre foi escolhida por ser esta cidade a capital do estado. Mesmo que não possa ser dita representativa da realidade estadual, pela diversidade populacional e cultural encontrada em todo seu território, os julgamentos em segundo grau, analisados na pesquisa, ocorrem sempre nas mesmas oito câmaras criminais, independentemente da comarca de origem.

As oito câmaras criminais⁴⁹ são divididas em quatro grupos criminais⁵⁰, sendo a primeira e a segunda câmaras pertencentes ao primeiro grupo, a terceira e quarta

⁴⁹ Art. 23. As Câmaras Criminais Separadas compõem-se de quatro (4) Desembargadores, dos quais apenas três (3) participarão do julgamento, sendo presididas pelo mais antigo presente.

OBS.: Art. 25 do COJE, Lei nº 7.356/80, com redação dada pela Lei nº 11.848/02: "Para completar o quorum mínimo de funcionamento da Câmara, no caso de impedimento ou falta de mais de 2 (dois) de seus membros, será designado Juiz de outra, pela forma prevista no Regimento Interno do Tribunal".

Art. 24. Às Câmaras Criminais Separadas compete:

I - processar e julgar:

- a) os pedidos de habeas-corpus sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos a Juízes e membros do Ministério Público de primeira instância, podendo a ordem ser concedida de ofício nos feitos de sua competência;
- b) suspeição argüida contra Juízes de primeira instância;
- c) os recursos das decisões do Presidente do Tribunal de Justiça nos feitos de sua competência;
- d) os conflitos de jurisdição entre Juízes de primeira instância ou entre estes e a autoridade administrativa, nos casos que não forem da competência do Tribunal Pleno;
- e) os mandados de segurança contra atos dos Juízes criminais e dos membros do Ministério Público;
- f) os pedidos de correição parcial;
- g) os Prefeitos Municipais;
- h) os pedidos de desaforamento (regulamentação dos pedidos de desaforamento - Assento Regimental nº 01/94).

II - julgar:

- a) os recursos de decisão do Tribunal do Júri e dos Juízes de primeira instância;
- b) embargos de declaração opostos aos seus acórdãos.

III - ordenar:

- a) o exame para verificação da cessação da periculosidade antes de expirado o prazo mínimo de duração da medida de segurança;
- b) o confisco dos instrumentos e produtos do crime.

IV - impor penas disciplinares;

V - representar, quando for o caso, aos Conselhos da Magistratura, Superior do Ministério Público, Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e à Procuradoria-Geral do Estado;

VI - exercer outras atribuições que lhes forem conferidas em lei ou neste Regimento.

Parágrafo único. Compete à Quarta Câmara Criminal, preferencialmente, o processo e julgamento dos Prefeitos Municipais, podendo o Relator delegar atribuições referentes a inquirições e outras diligências (Assento Regimental nº 02/92 - dispõe sobre a competência para julgamento de Prefeitos Municipais).

In: **Código de Organização Judiciária do Estado - COJE - Lei 7356/80**. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/legisla/indice_leg.php>. Acesso em: junho de 2008.

ao segundo grupo, a quinta e a sexta câmaras ao terceiro grupo e a sétima e oitava câmaras criminais ao quarto grupo criminal. Às três primeiras câmaras criminais competem os crimes dolosos contra pessoa e crimes de entorpecentes (Lei nº 6.368/76 e Lei nº 11.343/06) e à 5ª, 6ª, 7ª e 8ª competem os crimes contra

⁵⁰ Art. 21. Os 4 (quatro) Grupos Criminais são formados, cada um, por 2 (duas) Câmaras: a 1ª e 2ª compõem o 1º Grupo; a 3ª e 4ª, o 2º Grupo; a 5ª e 6ª, o 3º Grupo; e a 7ª e 8ª, o 4º Grupo, exigindo-se, para seu funcionamento, a presença de, no mínimo, 7 (sete) julgadores (redação dada pela Emenda Regimental nº 02/02).

OBS.: Exige-se, para o funcionamento dos Grupos Criminais, a presença de, no mínimo, 5 (cinco) julgadores, incluindo o Presidente, de acordo com o parágrafo único do art. 19 do COJE, Lei nº 7.356/80, com redação dada pela Lei nº 11.848/02.

§ 1º As sessões dos Grupos de Câmaras Criminais serão presididas: a) ordinariamente, pelo Desembargador mais antigo do Grupo; b) na ausência ou impedimento daquele, pelo Desembargador mais antigo presente (parágrafo acrescentado pela Emenda Regimental nº 02/02);

OBS.: Art. 20 do COJE, Lei nº 7.356/80, com redação dada pela Lei nº 11.848/02: “As sessões dos Grupos Criminais serão presididas pelo Desembargador mais antigo do Grupo, substituído, em suas faltas ou impedimentos, pelo Desembargador mais antigo presente”.

§ 2º Ocorrendo empate na votação, serão observadas as seguintes regras (parágrafo acrescentado pela Emenda Regimental nº 02/02):

I – na hipótese da letra a, do parágrafo 1º, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu (CPP, arts. 615, § 1º e 664, par. único);

II - na hipótese da letra b, observar-se-á o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 15.

Art. 22. Aos Grupos Criminais compete (redação dada pela Emenda Regimental nº 01/94):

I - processar e julgar:

- a) os pedidos de revisão criminal;
- b) os recursos das decisões de seu Presidente, ou do Presidente do Tribunal, salvo quando seu conhecimento couber a outro Órgão;
- c) os embargos de nulidade e infringentes dos julgados das Câmaras Criminais Separadas;
- d) os mandados de segurança contra condutas administrativas e habeas-corpus contra atos das Câmaras a eles vinculados.

II - julgar:

- a) os embargos de declaração opostos aos seus acórdãos;
- b) os recursos de decisão do Relator, que indeferir, liminarmente, o pedido de revisão criminal ou de interposição de embargos de nulidade e infringentes;
- c) as suspeições e impedimentos, nos casos de sua competência, bem como a suspeição não reconhecida dos Procuradores de Justiça, com exercício junto às Câmaras Criminais Separadas.

III - aplicar medidas de segurança, em decorrência de decisões proferidas em revisão criminal;

IV - conceder, de ofício, ordem de habeas-corpus nos feitos submetidos ao seu conhecimento;

V - decretar, de ofício, a extinção da punibilidade nos termos do art. 61 do CPP;

VI - resolver as dúvidas de competência entre Câmaras do Tribunal de Alçada e Câmaras do Tribunal de Justiça, em matéria criminal (prejudicado – Lei nº 11.133/98);

VII - impor penas disciplinares;

VIII - representar, quando for o caso, aos Conselhos da Magistratura, Superior do Ministério Público, Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e à Procuradoria-Geral do Estado.

§ 1º O processo e julgamento dos conflitos de jurisdição e competência entre Câmaras do Tribunal de Justiça e o Tribunal Militar do Estado, e os destes com órgãos do Tribunal de Alçada, são da competência do 1º Grupo Criminal, e os dos mandados de segurança e habeas-corpus contra atos dos Secretários de Estado, do Chefe de Polícia e do Comandante da Brigada Militar são do 2º Grupo Criminal.

§ 2º Os embargos infringentes e as revisões criminais serão distribuídos ao Grupo de que faça parte a Câmara prolatora do acórdão.

§ 3º A escolha do Relator ou Revisor recairá, quando possível, em Juiz que não haja participado no julgamento anterior.

In: **Código de Organização Judiciária do Estado - COJE - Lei 7356/80**. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/legisla/indice_leg.php>. Acesso em: junho de 2008.

patrimônio, costumes e honra e demais infrações penais. Finalmente, a quarta câmara criminal tem a competência para as infrações penais atribuídas a prefeitos municipais, para crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos, contra a Administração Pública, de parcelamento de solo urbano, contra a ordem tributária, contra a economia popular e os definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, crimes de abuso de autoridade, crimes ambientais e crimes contra licitações públicas.

Os pedidos de habeas corpus são distribuídos para cada câmara criminal de acordo com o delito praticado. O julgamento dos pedidos é realizado por três desembargadores, sendo um deles o relator, responsável pelo primeiro voto, que é apresentado aos demais desembargadores, que podem estar ou não de acordo com o voto do relator.

Cada câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul é constituída por quatro integrantes, todos desembargadores. O cargo público de desembargador é conquistado por juízes de primeiro grau e por alguns integrantes do Ministério Público (promotor público ou procurador), que foram anteriormente selecionados por meio de concurso público, sendo os critérios para a chegada ao cargo diversos para magistrados e membros do Ministério Público. Os primeiros chegam ao cargo por critérios de antiguidade na magistratura e merecimento profissional, podendo aceitar ou não a promoção. Já os segundos, que ocupam a quinta parte do total de vagas, candidatam-se ao cargo e passam a integrar uma lista tríplice que é entregue ao governador do Estado, responsável pela escolha.

Os desembargadores do Estado irão atuar, de acordo com a disponibilidade das vagas, para as câmaras cíveis e criminais do Tribunal de Justiça. A mobilidade entre as câmaras pode ocorrer, mas também dependerá de uma disponibilidade prévia.

Atualmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é formado, em sua segunda instância, por um total de 125 desembargadores, os quais estão divididos em 22 câmaras cíveis e oito câmaras criminais. Porém, em 11 de agosto de 2008, foi encaminhado à Assembléia Legislativa do Estado um pedido para a aprovação da criação de mais 15 vagas para desembargadores, as quais seriam responsáveis por um processo em que é almejada a maior agilidade das câmaras que compõem o Tribunal. Concomitantemente, foi aprovado, para futuro envio, de outro projeto para

serem previstas outras 30 vagas, para que o número de integrantes do segundo grau passe a 170 desembargadores⁵¹.

O sentido da lei penal depende da significação dada a ela por cada desembargador no momento em que a aplica. Partindo desta idéia, Bergalli (1996) argumenta que

El concepto de interpretación tiene una significación mucho más amplia que aquella que la pueda restringir al marco estricto de la decisión jurisdiccional porque, atendiendo al terreno del derecho positivo, se entiende que la norma es más el resultado que el presupuesto de su interpretación. Naturalmente que en esa afirmación vá implícito el debate em torno de la creencia que un sistema normativo posee una realidad própria y distinta de lo que constituye el proceso de interpretación y aplicación de las normas que lo constituyen, lo cual refleja, ciertamente, la vieja contradicción entre enfoques formalistas y cerrados a cualquier factor que no sea normativista para la aplicación del derecho y aquellos otros meta-normativos y abiertos a criterios psicológicos culturales que intervienen em la decisión de la jurisdicción. (BERGALLI, 1996, p. 77).

Assim, a decisão judicial configura-se num ato marcado por diferentes ideologias, que tornam distinta a forma de aplicação de uma mesma lei penal. O ato de decidir varia, desta forma, de acordo com a interpretação realizada pelo juiz, a qual normalmente é permeada por considerações culturais, econômicas e políticas (BERGALLI, 1996, p. 78-81).

Para que os discursos, colocados tanto de forma implícita quanto explícita, verificados através votos do habeas corpus fossem analisados, partiu-se de perspectivas consideradas aqui como observadas como formas opostas de interpretação da lei penal: a garantista e a defesa social.

De acordo com Ferrajoli (2002), o garantismo penal clássico é concebido a partir do pensamento iluminista e liberalista, que têm como principais efeitos os ideais de liberdade e igualdade.

⁵¹ Notícia divulgada no site do TJ/RS em 19 de agosto de 2008. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=69675 : <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=69675>. Acesso em: agosto de 2008.

O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera inatingível de *liberdade*, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou que está permitido: por *jus* entende Hobbes a “liberdade que a lei me confere para fazer qualquer coisa que a lei não me proíba, e de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene”. O segundo é a *igualdade* jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal: enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas e sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas. (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Ferrajoli apresenta a igualdade jurídica como um princípio que inclui as diferenças pessoais e exclui as sociais. Assim, a idéia de igualdade jurídica é explicada através de dois sentidos: de que a igualdade consiste no mesmo valor atribuído às diferentes identidades que “fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras”, e de que a igualdade não consiste na consideração às diferenças de ordem econômica e social (FERRAJOLI, 2002, p. 726).

Desta maneira, a igualdade jurídica configura-se em um critério tanto formal, quanto substancial.

Em todos os casos, a igualdade jurídica, seja formal [relativa ao igual valor social atribuído aos cidadãos] ou substancial [relativa a não consideração da ordem econômica ou social a que pertence], pode ser definida como *igualdade nos direitos fundamentais*. [...] Os direitos do primeiro tipo são direitos à diferença, isto é, a ser si mesmo e permanecer uma pessoa diversa das outras; os segundos são direitos à compensação pelas desigualdades e, por isso, a tornar-se, nas condições mínimas de vida e sobrevivência, pessoa igual às outras. No primeiro caso a diversidade é um valor de garantia; no segundo um desvalor a combater. (FERRAJOLI, 2002, p. 727.)

O garantismo penal está baseado na interpretação restritiva da lei, de modo a não interferir nos direitos individuais do réu. Esta postura está comprometida com os direitos e garantias pessoais, tendendo a “desconfiar” da ação dos aparatos do poder punitivo, observada sua tendência “sempre presente e real, do abuso dos atores que o detêm” (CARVALHO, 2008, p. 29).

O pensamento garantista parte do princípio de presunção da inocência, a favor da tutela da imunidade dos inocentes, mesmo que isso tenha como consequência a impunidade de algum culpado. Neste sentido, o garantismo penal baseia-se nas idéias de Montesquieu, fundadas nos princípios de liberdade e de

segurança dos cidadãos, o que significa que a liberdade política consiste na segurança social. Logo, quando os indivíduos não possuem garantida a presunção de que são inocentes, não possuem liberdade.

Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pelos cidadãos na pela confiança na justiça, e a específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer o juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Já a perspectiva voltada à defesa social está baseada em uma interpretação mais extensiva da lei penal, em favor da crença de proteção social do fenômeno de crescimento da criminalidade. Os direitos individuais e garantias processuais são colocados em segundo plano, de modo a serem assegurados e efetivados os interesses públicos.

Os modelos de periculosidade individual ou social, típicos de doutrinas de defesa social e inspirados no tipo ideal lombrosiano, criam estatutos penais de cunho behaviorista anti-secularizados. [...] Neste quadro, para além da legalidade e da ofensa concreta aos bens jurídicos, o desvio se qualifica pelo caráter imoral e anti-social da conduta. A abertura dos tipos incriminadores produz ruptura nos mecanismos formais de limitação da punitividade, cujo efeito será a potencialização do poder de coação direta (poder de polícia), estado ótimo do direito penal de exceção. (CARVALHO, 2008, p.102).

O pensamento voltado à defesa social passa a apresentar um número crescente de adeptos no período de modernidade tardia, preocupados com a proteção de uma sociedade que observa o delito como um ato imoral e que responsabiliza aqueles que o praticam inteiramente, sem considerar a participação dos fatores sociais que os levam a prática de um crime. As idéias vinculadas à perspectiva de defesa social apresentam um forte cunho maniqueísta, já que separam indivíduos entre bons e maus cidadãos, e apóiam de modo expressivo a maior intervenção do Estado na punição das condutas daqueles que, em algum

momento da sua trajetória social, agem de modo desviante do que é considerado moral ou legalmente correto.

Depois de tabulados os dados, pode-se verificar que o maior número de julgamentos de pedidos de habeas corpus ocorre nas três primeiras câmaras criminais. Como citado acima, primeira, segunda e terceira câmaras têm a competência para crimes dolosos contra a pessoa e crimes de entorpecentes, sendo que juntas foram responsáveis pelo julgamento de 61,1% dos pedidos.

A tabela abaixo demonstra a divisão do total de habeas corpus julgados por cada câmara e o percentual de concessões e denegações de pedidos julgados.

Tabela 2 – Distribuição do Total de Habeas Corpus entre Câmaras Criminais

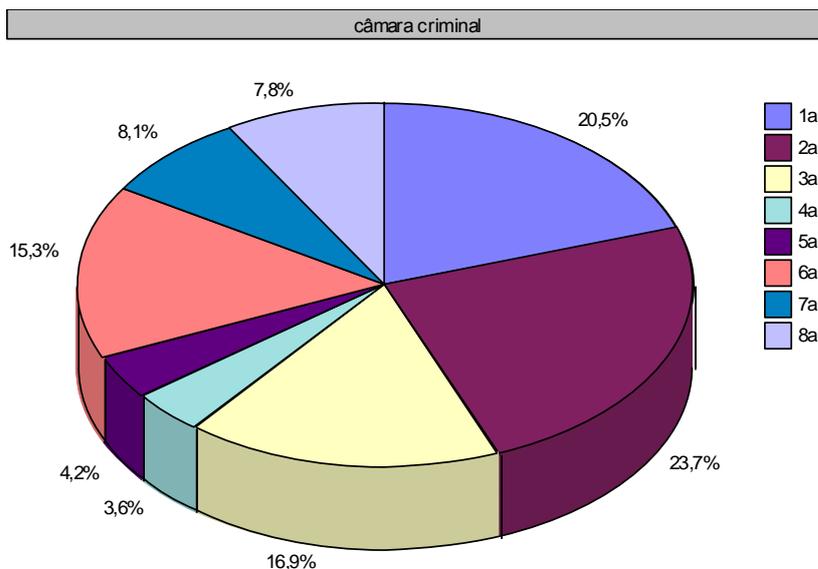
	Total de Habeas Corpus julgados	Concedidos	(%)*	Negados	(%)**
Primeira Câmara Criminal	63	8	13%	55	87%
Segunda Câmara Criminal	73	4	5,4%	69	94,6%
Terceira Câmara Criminal	52	4	7,7%	48	92,3%
Quarta Câmara Criminal	11	—	—	11	100%
Quinta Câmara Criminal	13	1	7,7%	12	92,3%
Sexta Câmara Criminal	47	19	40,4%	26	59,6%
Sétima Câmara Criminal	25	1	4%	24	96%
Oitava Câmara Criminal	24	4	16,6%	20	83,4%

* e **: percentuais referentes ao total de pedidos de habeas corpus julgados por cada câmara criminal
 FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

A quarta câmara criminal apresentou o menor percentual de pedidos de habeas corpus julgados. Os pedidos de liberação da prisão preventiva nesta câmara estavam relacionados a delitos como homicídio qualificado (31,8%), roubo qualificado (31,8%), furto, porte ilegal de armas e estelionato (22,6%), sendo apenas 13,8% crimes contra a administração pública.

A participação da quinta, sexta, sétima e oitava câmaras criminais juntas foi de 35,4%. Nestes casos, a maior parte dos pedidos estava relacionada a delitos de roubo qualificado e porte ilegal de armas.

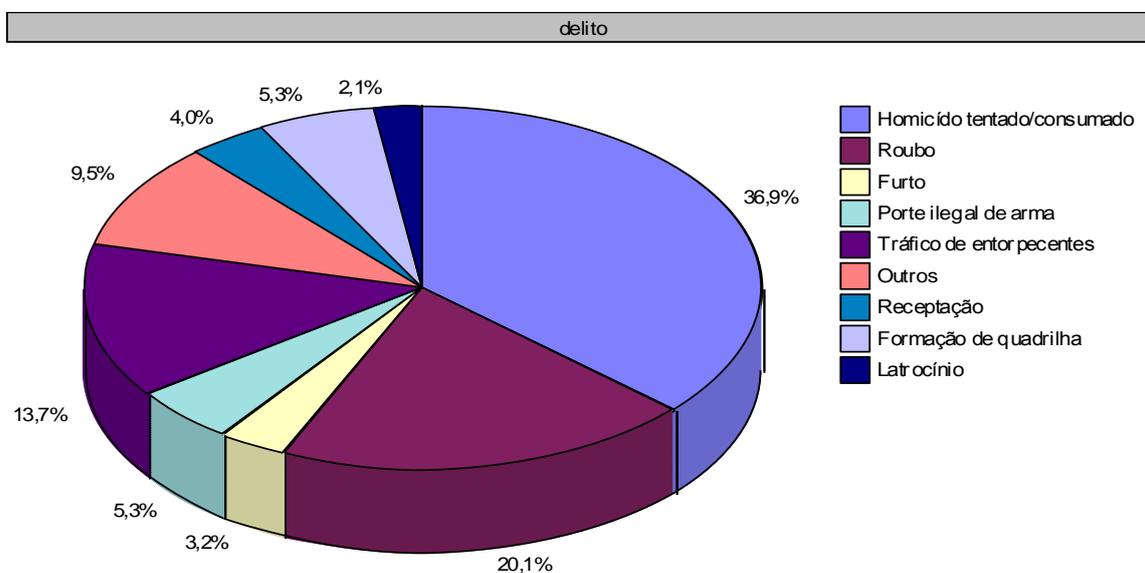
Gráfico 1 – Câmara Criminal



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Grande parte dos pedidos de relaxamento da prisão preventiva foi realizada em favor de réus que praticaram homicídio ou tentativa de homicídio. Homicídios tentados e consumados representam juntos o percentual de 36,9% dos delitos, enquanto crimes de tráfico de entorpecentes, equiparados a crimes hediondos, apresentaram o percentual de 13,7%.

Gráfico 2 – Tipos de Delito.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Durante a análise do universo pesquisado, pode-se observar que delitos de roubo qualificado, os quais representam 20,1% dos casos analisados, costumam provocar discursos com forte caráter de proteção social por parte dos desembargadores. Nas palavras dos mesmos, a sociedade aparece como ordeira e tranqüila, necessitando da intervenção judicial para que dela seja afastado o mal causado pelos criminosos.

A par disso, não se pode desconhecer a realidade vivida nesta Capital, onde há uma onda crescente de crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. E, muito embora o acusado não registre antecedentes, a prática de delitos desta natureza cometidos contra uma classe já tão sacrificada pela violência como a dos taxistas – que há muito vem sendo alvo de ações criminosas – gera um sentimento de insegurança muito grande em toda a comunidade, abalando a ordem pública e exigindo das autoridades uma posição mais enérgica, a fim de coibir esse aumento de criminalidade, sobretudo quando, como no caso, a forma de execução do crime indica certa periculosidade e audácia. Isso sem falar que o acusado poderá se sentir estimulado a praticar novos crimes em virtude da sensação de impunidade que a liberdade prematura pode vir a lhe trazer. (Desembargador Alfredo Foerster, sétima câmara criminal, março de 2005).

A confusão sobre a real função da atividade judicial aparece no discurso de alguns desembargadores, que crêem na atividade exercida como possível redutora da crescente criminalidade. A redução da criminalidade independe de encarceramento massivo⁵², deste modo, pode-se observar o discurso acima apontado como permeado pela necessidade de legitimação da atividade judicial e do encarceramento como meio de proteção social.

Lemgruber afirma que

[...] aumentando a eficácia de todas as suas partes componentes, o Sistema de Justiça Criminal seria capaz de encarcerar mais e, encarcerando mais, produziria melhores resultados no controle do crime. Entretanto, este é um outro mito, que confunde redução da impunidade, melhoria do desempenho da polícia e da Justiça, com elevação das taxas de encarceramento. (LEMGRUBER, 2002, p. 165).

Segundo algumas decisões analisadas, a demanda social por maior punitivismo exige que uma nova atitude judicial seja tomada frente ao crescimento

⁵²Não há uma linearidade na relação existente entre aumento da criminalidade e número de encarcerados. In: YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 37.

da criminalidade e da sensação de insegurança, de modo a ser mantida a legitimidade do poder judicial. Assim, discursos que podem ser classificados como funcionalistas, passam a ser utilizados.

A preservação do decreto construtivo excepcional [manutenção da prisão preventiva], no caso do paciente, atende, pois, ao superior interesse da garantia da ordem pública, em cujo conceito, na dicção do colendo Supremo Tribunal Federal “não se visa apenas prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão” (RHC 65.643, Rel. Min. Carlos Madeira, DJU de 22.05.87, p. 975). (Desembargador Antonio Carlos Netto Mangabeira, segunda câmara criminal, novembro de 2006).

De acordo com o discurso acima apresentado, busca-se, através das decisões judiciais, “acautelar o meio social e a credibilidade da justiça”, que passa por uma crise de legitimidade, já anteriormente apontada. Deste modo, observa-se que o judiciário lança mão de argumentos que procuram ir ao encontro da demanda por segurança da sociedade, mesmo que estes não sejam correspondentes ao seu real poder de ação. Assim, a utilização de um discurso jurídico mais repressivo aparece de modo evidente, em contraposição à garantia dos direitos do acusado.

Outro importante ponto a ser destacado é o que tange à linguagem utilizada nos acórdãos judiciais, própria do campo jurídico. O uso de expressões como “a conduta do réu é causadora de intranqüilidade à população ordeira” busca demonstrar a necessidade social da atuação do poder judiciário. Deste modo, pode-se verificar que o discurso próprio confere ao judiciário, ao mesmo tempo, uma competência técnica e uma capacidade social.

Da totalidade de 308 pedidos de habeas corpus analisados, em apenas 13,3% deles houve concessão. Entre as oito câmaras criminais, verificou-se que a primeira e a sexta concederam um maior percentual de habeas corpus, 19,5% e 46,3% respectivamente. Não só pela observação dos dados quantificados, como também pelos discursos apresentados pelos desembargadores pertencentes à primeira e sexta câmara criminal, pode-se classificar suas decisões nos julgamentos verificados como mais voltadas a primar pelas garantias individuais e direitos humanos.

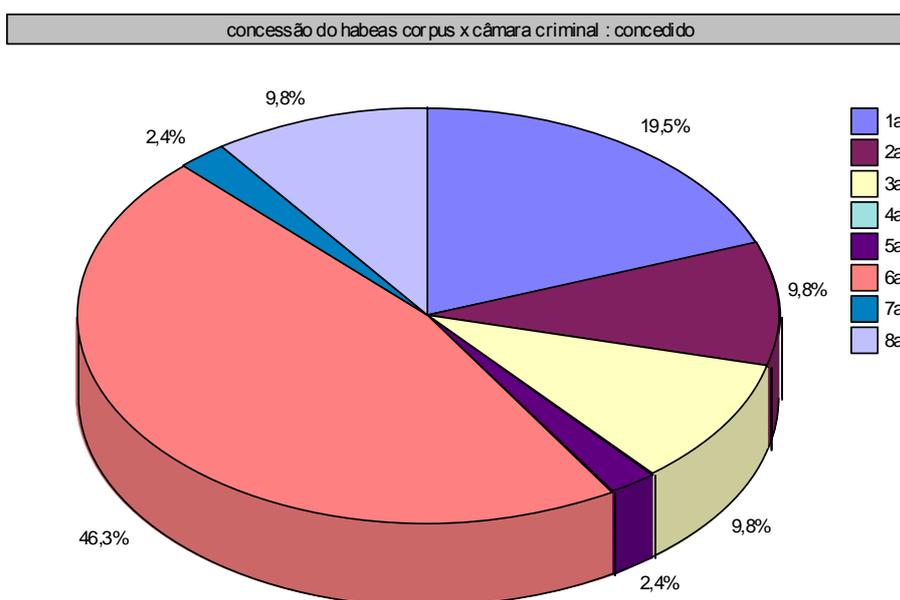
Mesmo que as duas câmaras criminais acima citadas estejam aparentemente voltadas aos mesmos princípios de garantia aos direitos individuais, acredita-se

haver uma maior homogeneidade ideológica na sexta câmara criminal. Nesta câmara, os desembargadores costumam apresentar elementos de argumentação muito próximos, fato não verificado com muita intensidade na primeira câmara, onde os discursos apresentam uma maior heterogeneidade.

Em relação à categorização dos discursos observados na primeira e sexta câmara criminais, estão mais próximos ao pólo relativo ao garantismo penal. No entanto, o fato destas câmaras apresentarem justificativas pautadas em uma utilização mais extensiva da lei penal, as quais são tratadas no próximo tópico da dissertação, acaba por afastá-las, em certa medida, do que percebe-se como pensamento garantista.

Dentre os pedidos, os delitos praticados pelos réus que receberam a concessão de habeas corpus foram mais expressivos em crimes de roubo qualificado e tráfico de drogas (nove casos cada um), porte ilegal de armas e receptação (seis casos cada) e tentativa de homicídio (quatro casos).

Gráfico 3 – Concessão de Habeas Corpus por Câmara Criminal.



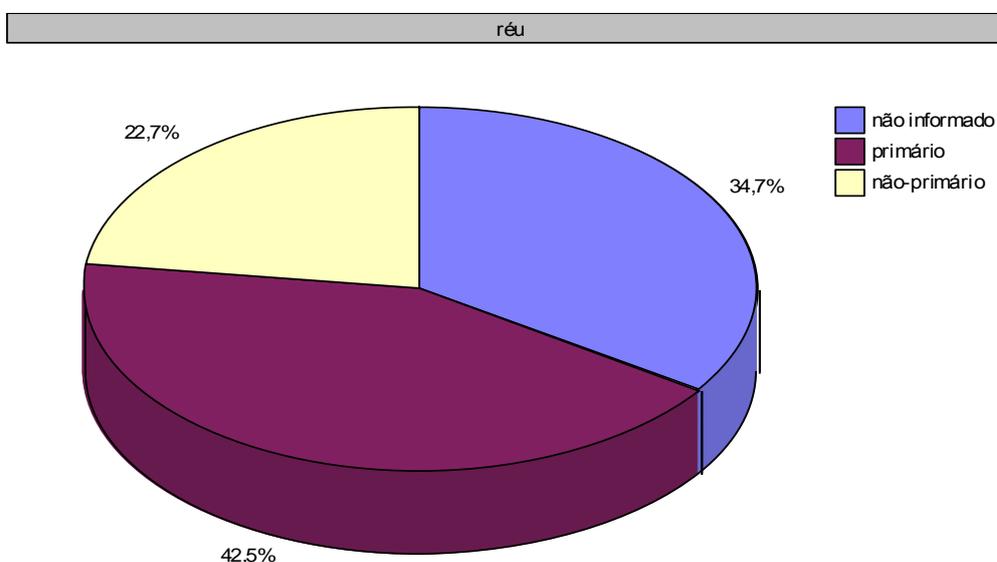
FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Nos documentos analisados não são encontrados dados sobre a renda, local da residência ou mesmo profissão dos réus. Ainda assim, alguns autos trazem dados relativos ao local onde o delito foi praticado, o que permite a constatação de

que costumam ocorrer em regiões mais pobres da capital, normalmente locais noticiados pela mídia e apontados por pesquisa⁵³ como violentos.

No que tange à questão acerca da primariedade dos réus, nos documentos em que foi possível verificar este dado, pode-se verificar que 42,5% deles não havia sido anteriormente condenado judicialmente. Os réus primários são, em maior número, acusados de crimes como homicídio tentado e consumado, com um percentual de 32,5% do total, roubo qualificado e tráfico de entorpecentes, com 19,6% e 16,3% respectivamente. Mesmo entre os réus com antecedentes criminais, os percentuais são semelhantes em homicídios e roubo, porém inferiores para delitos de tráfico de entorpecentes (cerca de 5,6%) e superiores para furto e porte ilegal de armas, representando 8,9% do total de crimes praticados, cada um deles.

Gráfico 4 – Antecedentes do Réu.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Nem todos os pedidos de habeas corpus são realizados por defensor público ou privado. Em 7,1% do total de documentos analisados, o réu impetrou o pedido “de próprio punho”, em linguagem normalmente utilizada pelas câmaras criminais. Em nenhum destes casos houve a concessão da liberdade aos réus, fato que pode demonstrar a necessidade de posse do capital jurídico para que exista o reconhecimento dentro do campo. Nos pedidos impetrados tanto por defensor público quanto privado, não foi possível verificar qualquer tipo de distinção acerca da

⁵³ PUCRS- FSS/ PMPA –SMDHSU. **Pesquisa de Vitimização nas Regiões do Orçamento Participativo de Porto Alegre.** Convênio 28/2004/SENASP/MJ, 2006.

concessão ou não do pedido. O discurso utilizado por todas as câmaras criminais na apresentação dos mesmos costuma ser rigorosamente marcado por formalidade e respeito.

As justificativas utilizadas para a concessão da liberdade do réu costumam ser semelhantes para qualquer tipo de delito, excetuando-se os delitos de tráfico de entorpecentes, quando são utilizadas as justificativas de que a droga apreendida não pertencia ao réu ou que serviria para consumo próprio, assim como a necessidade de liberação para tratamento, utilizada nos casos em que o réu teria praticado a infração para que pudesse manter seu vício. Porém, em apenas um dos 12 casos em que era alegada a necessidade de liberação do réu para tratamento houve concessão. Neste caso, o réu foi acusado da prática de roubo qualificado e possuía antecedentes criminais, mas justificativas como necessidade de transferência para tratamento médico e o fato do réu ser de classe média alta (justificativa apontada apenas neste pedido), possibilitaram o relaxamento da medida de prisão preventiva.

Seu estado de dependência química, outrossim, demonstrado por inúmeros documentos firmados por clínicas especializadas e psiquiatras, encontra-se amplamente demonstrado. Ademais, é inegável que o mesmo pertence à classe média-alta, havendo grande interesse de seus pais em sua recuperação, levando em conta a documentação acostada, aliás, parece que quando do decreto preventivo o paciente estava internado num destes estabelecimentos de recuperação. Outrossim, também há documentação demonstrando a existência de vaga num destes estabelecimentos e a manifestação favorável do paciente em ali permanecer, visando sua desintoxicação, havendo interesse, ainda, pelos familiares, especialmente pelo pai, que compareceu a este julgamento, neste tratamento. (Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, oitava câmara criminal, agosto de 2005).

A partir da observação do discurso acima citado, pode ser melhor compreendida a idéia de Kant de Lima quando explicita que na sociedade brasileira todos os cidadãos são colocados diante do mesmo sistema penal, mas estão separados hierarquicamente em uma estrutura piramidal e, mesmo teoricamente iguais perante a lei, são tratados de forma desigual pelo sistema jurídico (KANT DE LIMA, 2008, p. 43). Deste modo, pode-se observar que o direito é concebido de forma a obedecer aos interesses dos grupos sociais dominantes, sendo a aplicação da lei penal tão desigual quanto a sociedade na qual está inserida.

Frente à questão acima colocada, também pode ser verificada a idéia de Marcelo Neves sobre as diferentes formas de relação entre indivíduo e sistema jurídico. Observa-se que a inclusão no sistema jurídico brasileiro se dá de forma desigual, sendo que direitos e deveres não são partilhados de forma recíproca. Deste modo, acredita-se importante citar novamente que

os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes falte as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados os deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente as suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. (NEVES, M., 2006, p. 248).

O excesso de prazo da manutenção da prisão preventiva configura-se quase como regra no universo analisado. O tempo médio de cumprimento da medida, observando-se o período acordado, firmado doutrinária e jurisprudencialmente, de prazo máximo de 81 dias para o rito ordinário (apuração dos crimes apenados com pena de reclusão), e 36 dias em algumas leis especiais, não costuma ser respeitado, fato que permite a utilização da justificativa de constrangimento ilegal por excesso de prazo em 12,9% dos casos.

Diante desse fato, os desembargadores costumam justificar a demora através da necessidade de ritos processuais, como a oitiva de testemunhas, produção de laudos, etc. Deste modo, em raríssimos casos a justificativa acerca do excesso de prazo permite a concessão da liberdade ao réu.

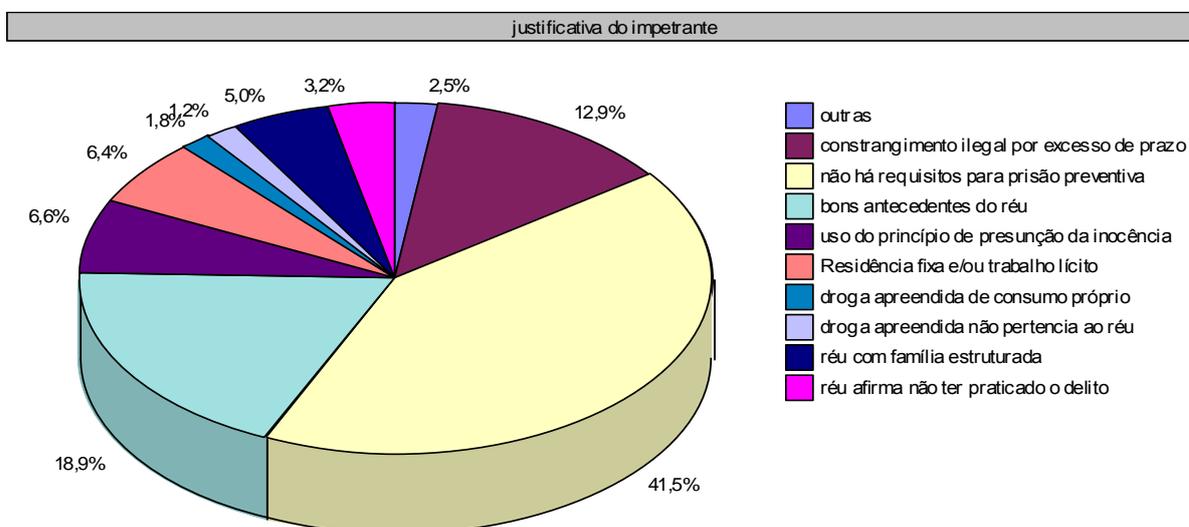
Os bons antecedentes do réu aparecem como justificativa para sua liberação em 18,9% dos casos. Ainda assim, pode ser observada em alguns documentos a contradição entre a utilização deste argumento e a não-primariedade do réu, normalmente apontada pelo desembargador ao explicitar seu voto. Já nos casos em que existem antecedentes criminais, a justificativa de que o réu possui residência fixa e trabalho lícito é utilizada em 5,5% dos casos, uma vez que, para que a concessão do habeas corpus possa ocorrer, é levada em conta a possibilidade de localização do réu para a intimação para os atos do processo.

Em 5% dos casos, a justificativa de que o réu possui família estruturada ou de que é responsável pelo sustento da mesma é encontrada. Acredita-se que esta referência deve-se a necessidade de demonstrar que o réu possui vínculos sociais

regulares, que possui um lar no qual é acolhido, fato que permitiria a ele ser visto como pessoa “de bem” e responsável e não simplesmente como integrante do mundo do crime.

As justificativas de inexistência de requisitos para a utilização da prisão preventiva ou não fundamentação da medida estão presentes em 41,5% dos casos. Porém, como a lei propicia a elasticidade de sua interpretação pelo operador do direito que dela faz uso em seus julgamentos, os requisitos para o uso da prisão preventiva costumam ser facilmente enumerados pelos desembargadores, de acordo com seu entendimento no momento do julgamento. Deste modo, mesmo que o subsistema jurídico atue de acordo com a lógica binária legal/ilegal, a interpretação do magistrado acerca dos fatos e dos requisitos legais possibilita diferentes formas de justificar uma decisão.

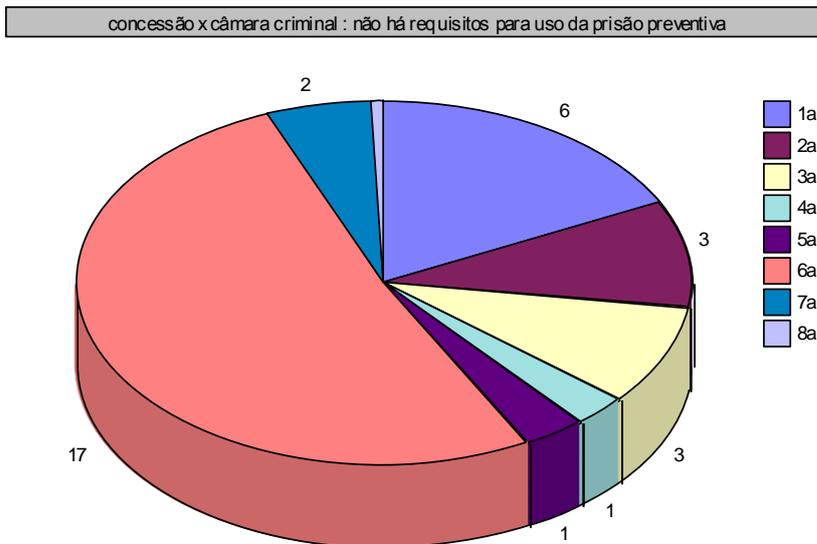
Gráfico 5 – Justificativa usada pelo Impetrante do Pedido de Habeas Corpus.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Dentre os 41 pedidos de habeas corpus concedidos, a expressiva maioria das justificativas foi a de que não havia requisitos para a manutenção da prisão preventiva ou de que a medida não estava bem fundamentada, o que representou o total de 73,3%. Abaixo, os gráficos demonstram o número de concessões de pedidos por câmara criminal em função das duas justificativas mais utilizadas.

Gráfico 6 – Concessão de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Inexistência de Requisitos para a Manutenção da Prisão Preventiva por Câmara Criminal.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Gráfico 7 - Concessão de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Constrangimento Ilegal por excesso de Prazo para a formação da culpa por Câmara Criminal.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Mesmo sendo a quarta câmara em número de julgamentos de pedidos de relaxamento da prisão preventiva, a sexta câmara criminal foi a que mais concedeu habeas corpus. Nesta câmara criminal foram concedidos cinco pedidos de habeas corpus para réus que respondiam processo judicial pela prática do delito de roubo

qualificado, quatro pedidos para porte ilegal de armas, quatro para receptação e mais nove pedidos para outros delitos. Como anteriormente já colocado, as posições dos desembargadores que integram a sexta câmara criminal estão associadas às idéias vinculadas ao garantismo penal, de acordo com as quais os direitos e garantias individuais devem ser protegidos da arbitrariedade do poder estatal. Neste sentido, todos os cidadãos, independentemente de seu poder de consumo, devem ser julgados a partir da utilização dos mesmos critérios, uma vez que são considerados iguais perante a lei. Essa perspectiva leva a uma análise mais rigorosa e favorável ao réu sobre a existência dos requisitos para a prisão preventiva, assim como uma preocupação maior com o excesso de prazo.

A primeira câmara criminal apresenta critérios de julgamento aproximados da sexta câmara, logo, aderindo a pressupostos garantistas. Ainda que esta câmara tenha concedido apenas oito pedidos de habeas corpus (12,7% do total dos acórdãos judiciais produzidos pela câmara, referentes a comarca de Porto Alegre no período analisado) dos 63 pedidos julgados pela mesma, a argumentação utilizada na produção dos votos dos desembargadores é marcada, em sua maioria, por características garantistas, sendo ainda importante observar que 58,8% dos pedidos de relaxamento da prisão preventiva nesta câmara tinham como intuito favorecer réus acusados de homicídio tentado ou consumado e apenas 10% eram referentes a delitos menos graves, como furto e porte ilegal de armas. Como se pode verificar no trecho a seguir, há uma preocupação em considerar peculiaridades sociais que dificultam aos réus mais pobres cumprir os requisitos exigidos para responder o processo em liberdade :

O paciente é um jovem, hoje com 20 anos de idade (tinha 19 na época do fato), preto, pobre, primário, sem antecedentes noticiados nestes autos, e residente, em companhia da mãe, num desses aglomerados humanos existentes na periferia das grandes cidades, onde os endereços são incertos. Não se sabe exatamente o nome das ruas e seu traçado. A numeração das casas é aleatória, não oficial. Não há como chegar de carro a determinadas residências. Encontrar um endereço é extremamente difícil, mas, por outro lado, como se pode ver nestes autos, é fácil encontrar determinada pessoa, tendo alguma idéia de sua morada, algum indicativo de endereço. (Desembargador Ranolfo Viera, primeira câmara criminal, abril de 2005).

O garantismo penal aparece de maneira homogênea nas decisões tomadas pela quinta câmara criminal. As justificativas dadas tanto nos casos de denegação

quanto de concessão são expressas por fundamentos pautados na real necessidade da aplicação da medida de prisão preventiva, na interpretação e utilização restritas da lei penal, sendo considerados como requisitos para a denegação dos pedidos a periculosidade do agente, gravidade do delito e garantia da aplicação da lei penal, fatores que juntos representam 75% das justificativas para a manutenção da medida, e para a concessão do pedido, a justificativa apresentada foi a da não existência de requisitos para a aplicação da medida de prisão preventiva, como se pode verificar no trecho a seguir:

Sabe-se desde muito que a cautelar prisional, por espetacular exceção no sistema, só se admite em situações de caos. Em palavras outras, não pode (e não deve) ser banalizada. Na espécie, o paciente responde a mera tentativa de furto qualificado, modalidade tentada. Ou seja, delito não revestido de gravidade. O colega de primeiro grau não se concedeu liberdade provisória unicamente porque já fora condenado por outro furto. Acontece que a condenação anterior alcançou pena de oito meses, substituída por prestação de serviços à comunidade. Além disso, a mera reincidência, por si só, não autoriza a medida odiosa. Mais é preciso: que o agente conturbe o andamento do processo ou apresente risco a aplicação da lei. Prisão provisória é cautelar, logo serve ao processo. Fora disso é adiantamento de pena, o que é inadmissível. (Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, quinta câmara criminal, junho de 2006).

Já a sétima câmara criminal é a que apresenta, proporcionalmente, o mais baixo número de concessões. Dos 25 pedidos julgados pela sétima câmara, houve a concessão de apenas um deles. Nesta câmara, os julgamentos de pedidos de habeas corpus para delitos de roubo qualificado representaram 41,4% dos julgamentos, enquanto delitos de menor gravidade representaram um percentual de 37,9% do total de julgamentos. Porém, é através da análise do discurso utilizado por alguns desembargadores que constituíam a sétima câmara criminal no período verificado que se pode observar a adesão ao punitivismo e a utilização da prisão preventiva como meio de defesa social e antecipação da pena, como se pode ver no trecho a seguir⁵⁴:

⁵⁴ Outra citação realizada por desembargador integrante da sétima câmara criminal é apresentado na p. 131.

Ainda que se concorde com a afirmação de que a simples gravidade genérica do crime não autoriza, por si só, o confinamento provisório, o fato é que, à vista de circunstâncias de que se revistam determinadas hipóteses, reveladoras da ousadia de seus agentes, e que, de fato, contribuem para concreta formação de sensação de insegurança pública, a prisão antecipada bem pode se ver indicada como providência necessária para o apaziguamento social. E nem se faz necessário, aqui, seja o próprio autor do fato o causador da situação de pânico. Basta que atue no sentido de contribuir para o encorpar dessa situação aflitiva social, até porque, nas grandes cidades, dificilmente crimes cometidos por uma só pessoa, encarada a segurança pública em termos genéricos, macro, teria aptidão para gerar movimentações e inquietações mais perceptíveis no tecido social. (Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, sétima câmara criminal, setembro de 2005).

A fala acima demonstra o réu sendo penalizado pelo que representa para as possíveis concepções do e não pelo delito que possivelmente praticou. Neste sentido, a supressão das garantias do réu, com a desconsideração dos requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, em nome do aumento da “eficiência” dos mecanismos que visam controlar o crime são característicos dos movimentos de Lei e Ordem ou de Tolerância Zero.

Valendo-se das idéias já anteriormente citadas nesta dissertação, a lógica absolutista da sanção penal acaba por castigar ao mesmo tempo em que “protege”, de condenar ao mesmo tempo em que controla a população que não possui condições de participar da lógica de consumo do mercado moderno. O encarceramento cumpre a dupla função de satisfazer de maneira substancial os sentimentos de retribuição, sendo ainda mecanismo capaz de “controlar” o risco e de confinar o “perigo”.

A argumentação colocada pela sétima câmara criminal se apresenta como voltada à proteção dos cidadãos “honestos” e “corretos”, apostando, deste modo, no reforço das capacidades institucionais de controle penal do Estado e na limitação do sistema de garantias individuais para os supostos “criminosos”, mesmo antes de uma condenação.

O trecho abaixo é representativo desse discurso. Termos como “verdadeiro pânico no meio social” e “guerra civil” reforçam a idéia de grande necessidade, por parte da sociedade, do recurso ao encarceramento preventivo para a garantia da tranquilidade e segurança.

Agora, a reiteração de fatos criminosos de certa natureza, praticados isoladamente por várias pessoas, em locais diversos, esta, sim, produz o “verdadeiro pânico no meio social”, expresso na decisão hostilizada, cuja solução, incumbida ao Estado, não dispensa medidas imediatas. Na hipótese, trata-se de imputação de tentativa de roubo a taxista, duplamente majorado (concurso de agentes e emprego de arma), perpetrado ao final de madrugada, prática que, como público e notório, tem despertado a mais acentuada preocupação social, gerando providências especiais das autoridades de segurança pública. São públicas e notórias as diligências, próprias de uma guerra civil, de revistas em ônibus e táxis, emergentes exatamente de fatos como o de que se cogita, de sorte que, sopesando os interesses em liça, de um lado o individual, do paciente, de se ver liberdade, e, de outro, o da sociedade, que não pode ser relegada à condição subalterna, visto que com direito à segurança pública (art. 5º da Constituição Federal), não vejo como deferir a impetração. (Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, sétima câmara criminal, setembro de 2005).

O discurso voltado à defesa social também marca fortemente as decisões da segunda câmara criminal. De um total de 73 pedidos de habeas corpus, vindos da comarca de Porto Alegre, que foram julgados por esta câmara, apenas quatro deles obtiveram a concessão: duas liberações para réus que estavam sendo processados pela prática do delito de tráfico ilegal de entorpecentes, um por lesão corporal grave e outro por homicídio qualificado tentado. Na expressiva maioria dos pedidos julgados pela segunda câmara criminal os réus estavam sendo acusados da prática de crimes graves, sendo 58,8% homicídios consumados ou tentados, 22,5% tráfico de drogas e 3,8% roubos. Porém, outros crimes como porte ilegal de armas, receptação, furto, etc, considerados menos graves, representaram um total de 11,3% dos julgamentos desta câmara, e em nenhum destes casos houve liberação do pedidos.

A citação abaixo é representativa de doze pedidos de habeas corpus que foram julgados pela segunda câmara criminal.

A preservação do decreto construtivo excepcional, no caso do paciente, atende, pois, ao superior interesse da garantia da ordem pública, em cujo conceito, na dicção do colendo Supremo Tribunal Federal “**não se visa apenas prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão**” (RHC 65.643, Rel. Min. Carlos Madeira, DJU de 22.05.87, p. 975). No mesmo sentido: “A garantia da ordem pública, dada como fundamento da decretação da custódia cautelar, deve ser de tal ordem que a liberdade do réu possa causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprotegida de garantias para a sua tranquilidade.” (RJDTACRIM 11/201). Igualmente, para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

Em relação à argumentação utilizada por desembargadores da segunda câmara criminal, pode-se observar que sua atuação, assim como a da sétima câmara criminal, está voltada para um reforço das capacidades das agências de controle penal e nome da proteção social.

As decisões dos integrantes da quarta câmara criminal, durante o período analisado, foram baseadas, assim como as da quinta câmara, em critérios menos subjetivos. Mesmo que nenhum pedido de habeas corpus proveniente da comarca de Porto Alegre tenha sido concedido pela quarta câmara criminal nos anos de 2005 e 2006, as justificativas utilizadas para a manutenção da prisão preventiva foram a garantia da manutenção da ordem social pela gravidade do delito praticado, apresentada em 40,9% dos julgamentos, a garantia da manutenção da ordem pública pela periculosidade do agente e a inexistência de excesso de prazo, em 18,2% dos casos cada uma, e garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução penal, que juntas representaram 22,7%. Justificativas pautadas em interpretações mais extensivas da lei penal, como garantia da manutenção da ordem social para a tranqüilidade pública ou clamor social e credibilidade da justiça, não foram utilizadas por esta câmara.

Finalmente, em relação a terceira e oitava câmaras criminais, não se pode realizar uma categorização baseada nos critérios utilizados para as demais câmaras. Na realidade, não há como enquadrar os discursos encontrados nos documentos das duas câmaras, já que são amplamente variados e não estanques, não seguindo uma linha ideológica única. Nestas duas câmaras criminais a argumentação apresentada nos votos de seus integrantes varia significativamente, de modo que são verificados discursos que apresentam tanto elementos mais vinculados à defesa da sociedade e punitivismo, quanto elementos voltados à garantia de direitos individuais, os quais também variam expressivamente inclusive nos julgamentos de mesmo tipo penal.

4.3. A elasticidade da norma e a subjetividade jurisdicional: a utilização de justificativas voltadas para a legitimação social

O Código de Processo Penal brasileiro dispõe, em seu artigo 312, que a medida de prisão preventiva poderá ser decretada como garantida da manutenção da ordem pública e da ordem econômica, pela conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal, sendo que em todos os casos é necessária a existência de prova da ocorrência do delito, bem como de indícios suficientes de sua autoria. Neste sentido, o operador do direito possui um espaço relativamente amplo para o seu entendimento sobre a real necessidade da aplicação da medida de prisão preventiva, sendo que as justificativas para a utilização ou manutenção da medida dependem de fatores que variam de acordo com o entendimento do julgador.

O uso de determinadas argumentações a respeito da necessidade ou não da prisão preventiva depende diretamente da ideologia seguida por cada desembargador. Na verdade, é possível verificar que, mesmo naquelas câmaras onde as idéias próximas ao garantismo penal e de menor intervenção do direito penal estão presentes, foram utilizadas justificativas para a denegação de pedidos de relaxamento da prisão preventiva vinculadas a uma ideologia de defesa social.

A presença de argumentos como garantia da manutenção da ordem pública pelo clamor social, para a tranqüilidade social e para a credibilidade da justiça são aqui interpretadas como uma interpretação extensiva dos requisitos legais para a determinação da prisão preventiva, buscando conferir legitimidade social ao Poder Judiciário. Estas justificativas, ao mesmo tempo em que demonstram a abertura cognitiva do subsistema jurídico da qual Luhmann se referia, demonstram que o *habitus* da cultura dominante, que foi internalizado pelos operadores do direito, condiciona o julgamento por eles realizado.

Também se pode dizer que a utilização dos argumentos para a manutenção da medida de prisão preventiva no parágrafo acima colocados, está ligada a necessidade dos desembargadores de legitimação e acumulação do seu capital simbólico, responsável pelo reconhecimento social do grupo no qual estão inseridos. No entanto, o que predomina é uma argumentação que acredita na antecipação da pena como forma de combate à criminalidade, mesmo que para tanto se necessite

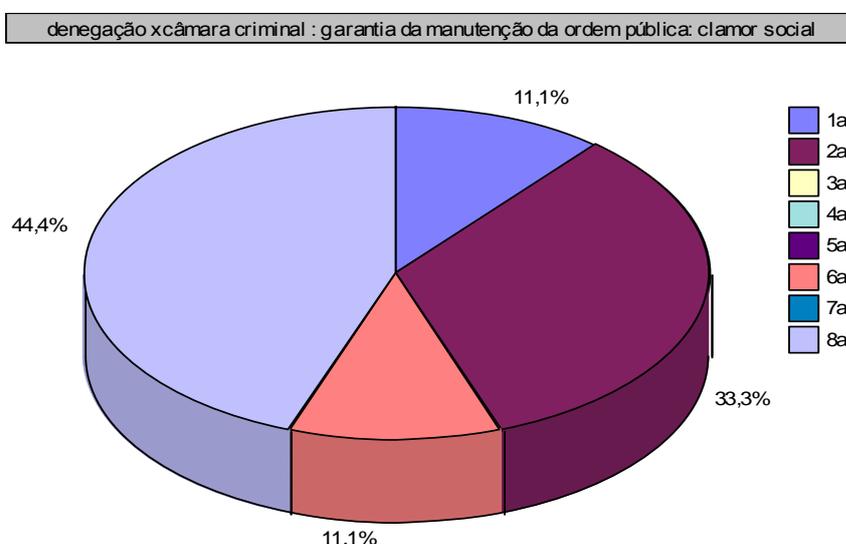
romper com os princípios jurídicos e disposições legais, dando a lei uma interpretação extensiva em desfavor do acusado.

Abaixo estão colocados trechos de acórdãos judiciais, provenientes da primeira e oitava câmaras criminais, nos quais a justificativa de garantia da manutenção da ordem pública pelo clamor social foi utilizada.

Os delitos são de extrema gravidade – homicídio triplamente qualificado, praticado contra criança de 01 ano e 11 meses de idade e ocultação de cadáver – o primeiro, considerado hediondo, por disposição legal expressa (Lei 8.072/90). O acusado demonstra alta periculosidade, caracterizada pela reiterada conduta delituosa, na medida em que responde a outro delito de homicídio, nesta Vara do Júri (igualmente contra criança), sendo que a comunidade em que reside restou angustiada até sua prisão. Impõe-se sua segregação para garantia da ordem pública, na medida da repercussão e clamor público causado pela prática dos crimes. (Desembargador Ranolfo Vieira, primeira câmara criminal, outubro de 2006).

Os delitos dos quais o réu foi acusado são referidos pelo desembargador integrante da primeira câmara criminal como passíveis de utilização da medida de prisão preventiva, pelo clamor público conseqüente do medo social ocasionado pela conduta considerada perigosa do réu. O tipo de delito praticado gera revolta e comoção social, fator que, neste caso, permite a compreensão do discurso produzido pelo desembargador.

Gráfico 8 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública pelo Clamor Social por Câmara Criminal.

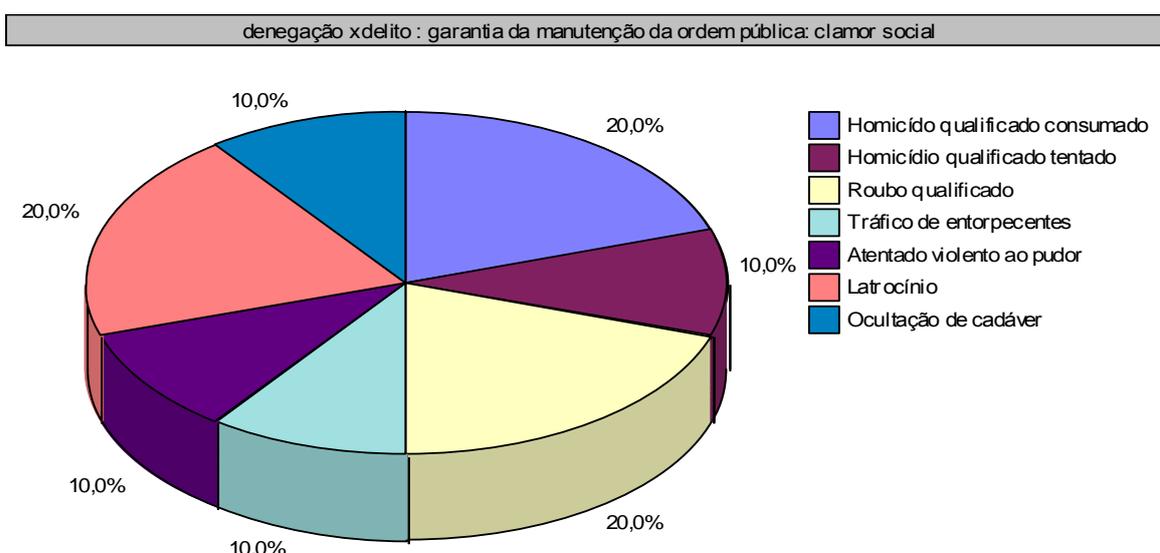


FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

O clamor social foi utilizado como justificativa em nove denegações de pedidos de habeas corpus e, em todos os acórdãos, foi utilizada como uma espécie de “agravante”, nunca aparecendo como única justificativa para que a prisão preventiva fosse mantida. Outra importante constatação a respeito da justificativa de clamor social para a manutenção da medida é que foi utilizada somente em casos em que o réu estava sendo acusado por prática de crime considerado grave.

O gráfico abaixo demonstra em quais delitos a justificativa de garantia de manutenção da ordem pública pelo clamor social foi utilizada:

Gráfico 9 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública pelo Clamor Social por Delito Possivelmente Praticado.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Outra justificativa para a manutenção da prisão preventiva de forma extensiva e voltada para o “combate ao crime” é a garantia da manutenção da ordem pública para a tranqüilidade social. Esta aparece em 51 acórdãos judiciais, não aparecendo somente em julgamentos realizados na quarta e na quinta câmaras criminais.

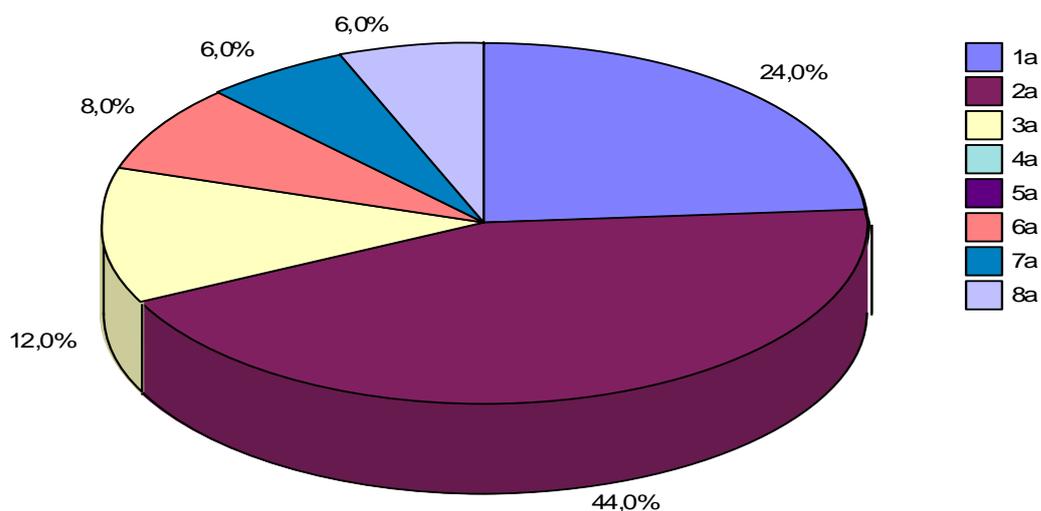
A necessidade de garantia da ordem pública para a manutenção da tranqüilidade social é percebida aqui como um argumento que pode demonstrar a subjetividade decisória do operador do direito, relacionando a sua decisão com o sentimento de pertença ao grupo social que sofre com a criminalidade.

Os delitos contra o patrimônio praticados têm abalado a comunidade local, existindo clima de intranquilidade social com a reiteração dos crimes contra várias vítimas. Embora a conduta imputada ao paciente seja de receptação, com seu agir – recebendo e intermediando a venda de mercadorias – está a fomentar a prática de delitos mais graves, a fim de garantir o lucro do “negócio”. Ademais, em que pese a absolvição do paciente por inexistência de prova suficiente para a condenação, em processo criminal em que foi denunciado pela prática de roubo duplamente majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma na forma tentada, restou flagrante pelo delito de receptação, juntamente com o paciente em 15/02/2005 – o que está a evidenciar a organização para a prática de delitos contra o patrimônio (fls. 83/88). Justifica-se, pois, a decretação da preventiva, para a garantia da ordem pública. (Desembargador João Batista Marques Tovo, sexta câmara criminal, abril de 2005).

O trecho acima, apresentado em um acórdão sobre pedido de habeas corpus julgado pela sexta câmara criminal, demonstra o argumento acerca da aparente falta de tranquilidade social provocada pelos delitos contra o patrimônio, e da insegurança vivida pelo próprio integrante da sexta câmara, enquanto membro da mesma sociedade, como legitimadores da decretação da prisão preventiva.

Gráfico 10 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Tranquilidade Social por Câmara Criminal.

denegação x câmara criminal : garantia da manutenção da ordem pública: tranquilidade social



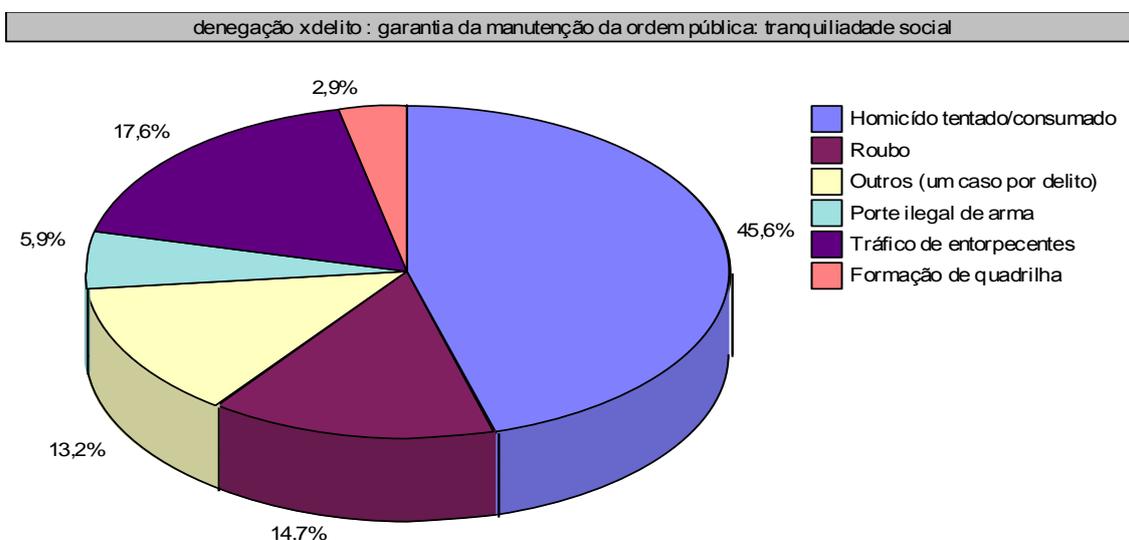
FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

A necessidade de manutenção da ordem pública para a garantia da tranquilidade social, de modo diverso do clamor social, não é apresentada como justificativa para a denegação apenas em casos em que o réu estava sendo acusado da prática de crime grave. Apesar de ter sido utilizada como justificativa 31

vezes em acusações de prática de homicídio tentado ou consumado, 10 vezes em prática de roubo e 12 vezes em tráfico de entorpecentes, a necessidade de manutenção da ordem pública para a garantia da tranquilidade social foi justificativa para a manutenção da prisão preventiva em delitos como porte ilegal de armas, furto e receptação. Também é importante citar que esta justificativa, assim como o clamor social, é usada somente quando acompanhada por outra (s).

O gráfico abaixo apresenta o percentual de utilização desta justificativa para a denegação do pedido de habeas corpus, de acordo com o delito possivelmente praticado:

Gráfico 11 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Tranquilidade Social por Delito Possivelmente Praticado.

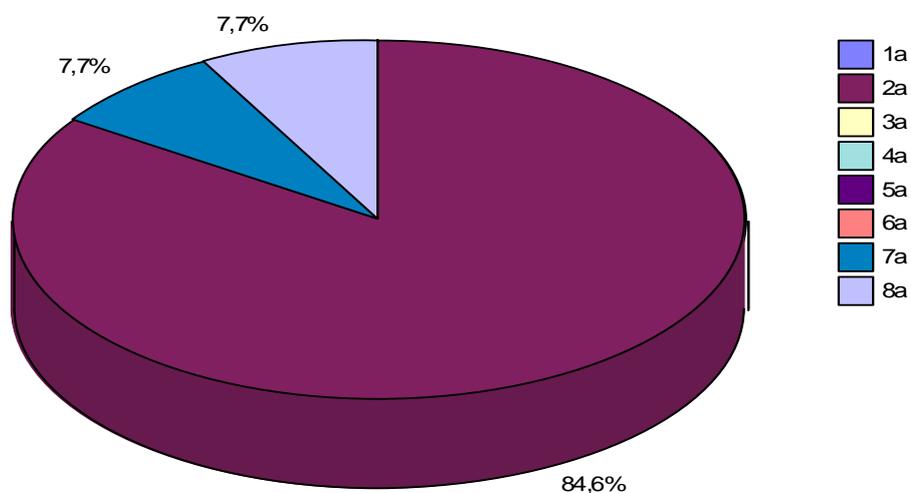


FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

A necessidade de manutenção da credibilidade na justiça, interpretada nesta pesquisa como necessidade de legitimação das ações do poder judiciário, foi utilizada somente pelas câmaras criminais que já haviam sido anteriormente citadas como voltadas à idéia de defesa social, no caso da segunda câmara, de tolerância zero, no caso da sétima e oitava, a qual não pode ser categorizada pela diversidade de argumentação.

Gráfico 12 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Credibilidade da Justiça por Câmara Criminal.

Denegação de pedido de habeas corpus por câmara criminal : garantia da manutenção da ordem pública: para credibilidade da justiça



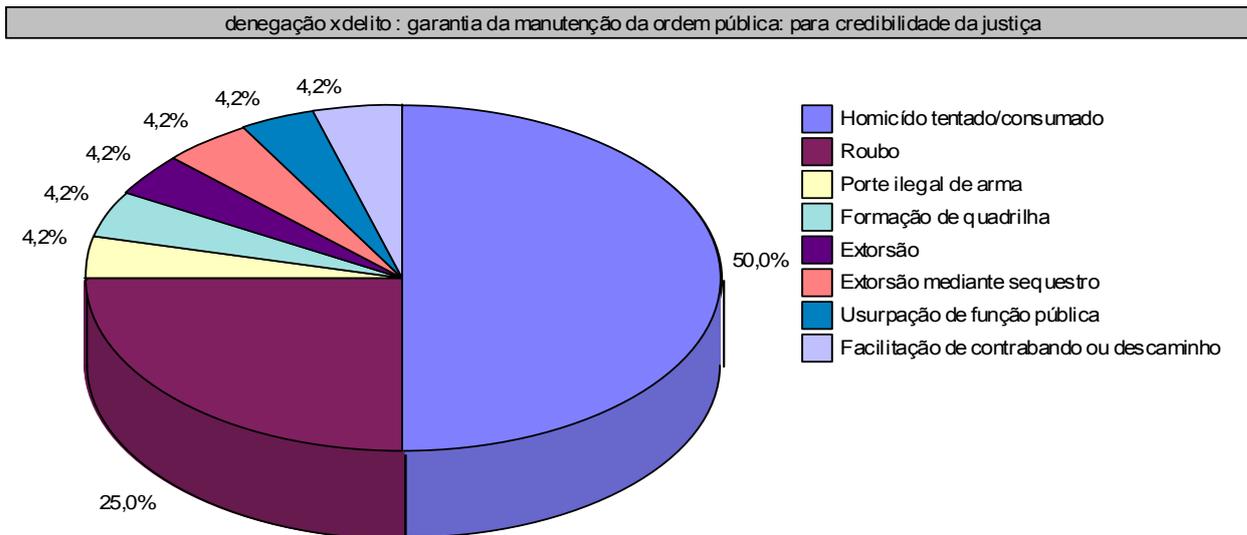
FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Acredita-se que a utilização da justificativa de necessidade manutenção da credibilidade na justiça para a denegação de pedidos de relaxamento da prisão preventiva esteja ligada a necessidade de aceitação social da conduta do operador do direito. É importante considerar que o termo “justiça” possui um amplo caráter de relatividade e seu sentido dependerá de forma direta de quem o usa e para que o faz. Deste modo, pode-se dizer que esta justificativa é formada por elementos subjetivos que têm a ver com uma crença socialmente disseminada sobre o papel da prisão no combate à criminalidade.

As previsões legais sobre a utilização da prisão preventiva são estendidas no sentido de corresponder às expectativas sociais, garantindo assim a legitimidade social das decisões judiciais.

O gráfico abaixo demonstra a utilização da justificativa garantia da manutenção da ordem pública para a credibilidade da justiça, de acordo com cada delito praticado.

Gráfico 13 - Denegação de Pedido de Habeas Corpus sob a Justificativa de Necessidade de Garantia da Manutenção da Ordem Pública para a Credibilidade da Justiça por Delito Possivelmente Praticado.



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

Deste modo, pode-se observar que o uso da justificativa de denegação baseada na necessidade de credibilidade da justiça deu-se, no período analisado, em diversos tipos criminais (mas com predomínio do homicídio tentado ou consumado e do roubo) e que, assim como o clamor social e a necessidade de tranqüilidade social, somente foi usada acompanhada de outra(s) justificativa(s).

Finalmente, pode-se constatar, através da análise dos dados quantitativos, unida à análise qualitativa dos argumentos encontrados nos votos dos desembargadores das câmaras criminais, que as decisões judiciais tomadas em segunda instância no TJ/RS variam de acordo com as concepções jurídicas e de política criminal dos desembargadores, polarizadas por elementos ligados a uma concepção garantista até outra de defesa social.

Conclusões

A realização da presente dissertação propiciou a constatação de algumas questões acerca da criminalização social de condutas, do crescimento do punitivismo social, do funcionamento do sistema de justiça e da utilização de diversos e distintos elementos nos discursos de operadores do direito, que demonstram, através da observação de uma dada realidade, como o campo jurídico, no caso estudado, reage e faz uso, através de suas ideologias, de movimentos, tanto de defesa da sociedade, quanto de garantia individuais e direitos humanos, na contemporaneidade.

Os processos de modernização tardia e globalização propiciaram um aumento drástico nas desigualdades de renda e, como conseqüência, o sentimento de privação relativa entre os indivíduos pertencentes às camadas mais pobres. Este pode ser caracterizado como um importante fator para o incremento substancial da criminalidade e para o nascimento do sentimento de ansiedade entre aqueles que se encontravam em uma situação econômica mais favorecida.

Pode-se observar o crescimento de uma demanda social voltada ao punitivismo, fruto da crescente sensação de insegurança, de condutas de grupos que não correspondem a um ideal de consumo contemporâneo. Neste sentido, a expansão do direito penal, reflexo de tal demanda, aparece como uma solução superficial para a proteção da sociedade.

O encarceramento massivo passa a ser apresentado como uma maneira “civilizada” de segregar as populações problemáticas, conseqüências das instâncias sociais e econômicas moderno-tardias. Deixados de lado os elementos que serviam (e que, para muitos ainda servem) como justificação da pena de prisão (reeducação, ressocialização, etc.), a prisão passa a ter sua função prática voltada tanto para satisfazer o sentimento de retribuição social ao delito quanto de controle do risco social provocado pelos indivíduos problemáticos, combatendo pelo confinamento ao perigo que provocam.

No Brasil, as instituições públicas responsáveis pela manutenção da ordem e aplicação da lei penal passam por uma crise de legitimidade social. O modelo de ação seguido por estas instituições do Estado aparece como ineficaz no combate ao

aumento da criminalidade no país: o desenvolvimento de novas práticas delitivas e de organização criminal dificulta em muito, quando não impossibilita, o enfrentamento da criminalidade por tais instituições.

A dificuldade das instituições públicas em lidar com a crescente criminalidade ocasiona um sentimento social de impunidade. Neste sentido, observa-se que o sistema tem como única alternativa de ação a seleção de uma parte dos delitos para a apuração: além da imensurável cifra oculta de delitos praticados, poucos casos apurados pela polícia são transformados em processo penal, tanto pela dificuldade colocada pelas ineficazes, ou dificultadas, ações policiais, quanto pela incapacidade institucional de apurar todos os eventos criminais. Em decorrência disto, o processo penal, que é instaurado em relativamente poucos casos, passa a ser utilizado como um mecanismo de punição antecipada, já que a prisão imediata poderia ser responsável pela construção de uma falsa noção de eficácia do poder repressivo do Estado.

A prisão preventiva, modalidade que pode ser decretada durante o inquérito policial, deveria ser utilizada como garantia e proteção dos meios e dos fins do processo penal somente em circunstâncias excepcionais. Porém, na prática, esta modalidade apresenta números crescentes, já que passa a ser utilizada como medida de proteção e defesa social, além de servir de elemento representativo de uma falsa eficiência da ação institucional.

Dessa forma, a prisão preventiva deixou de ser utilizada (se é que algum dia o foi) apenas como meio de garantir o andamento do processo e a execução das penas e voltou-se à nova ideologia da punição, de acordo com a qual encarceramento massivo dos indivíduos pertencentes às classes economicamente inferiores, e definitivamente excluídos da sociedade inserida na lógica de uma modernidade tardia, proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade. Logo, a prisão provisória encontra-se colocada na lógica da repressão social, passando a instrumento de controle social.

Ainda que outros elementos passem a influenciar a utilização da medida de prisão preventiva na modernidade tardia, incluir todos os operadores do direito penal em uma mesma categoria não parece correto. Através do universo analisado na pesquisa realizada, pode-se verificar que as decisões de manutenção ou não de uma medida de prisão preventiva, anteriormente decretada por juiz de primeiro grau,

variam de acordo com a ideologia seguida pelos desembargadores responsáveis pelo julgamento do pedido de relaxamento de tal medida.

Pode-se concluir que nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul existem diferentes percepções acerca da prisão preventiva, suas prerrogativas e necessidade de utilização. Observou-se a variação argumentativa dos desembargadores entre dois pólos opostos: o que parte de uma visão garantista penal e outro que segue às idéias de defesa social.

Neste sentido, através de uma análise de conteúdo dos discursos encontrados nos documentos que faziam parte do universo de pesquisa, conclui-se que a quarta e quinta câmaras criminais do TJ/RS podem ser caracterizadas como voltadas ao pensamento garantista penal, sendo colocadas no pólo totalmente oposto ao das ideologias voltadas à defesa social. Os desembargadores que delas fazem parte apresentaram em seus discursos elementos baseados em uma interpretação restritiva da lei penal, no sentido de respeitar as garantias individuais e direitos humanos. A quarta e quinta câmaras criminais mostram-se, partindo-se das idéias de Luhmann, cognitivamente fechadas às influências externas ao subsistema jurídico que compõem.

Em seguida, constatou-se que primeira e sexta câmaras criminais possuem ideologias próximas ao pólo do garantismo penal, mas não são aqui colocadas exatamente como garantistas pelo fato de fazerem uso de justificativas para a manutenção da medida de prisão preventiva que apresentam uma interpretação mais extensiva da lei penal. Acredita-se que o uso de argumentações como necessidade de manutenção da prisão preventiva para a garantia da tranqüilidade social, ou pelo clamor social configura uma maior abertura cognitiva dessas câmaras, além de demonstrar a interferência de um *habitus* social anteriormente interiorizado pelos desembargadores no julgamento dos pedidos de habeas corpus. Mesmo assim, deve-se citar que a ideologia aparentemente seguida por desembargadores da primeira e sexta câmaras criminais é voltada tanto à primazia das garantias individuais, como dos direitos humanos.

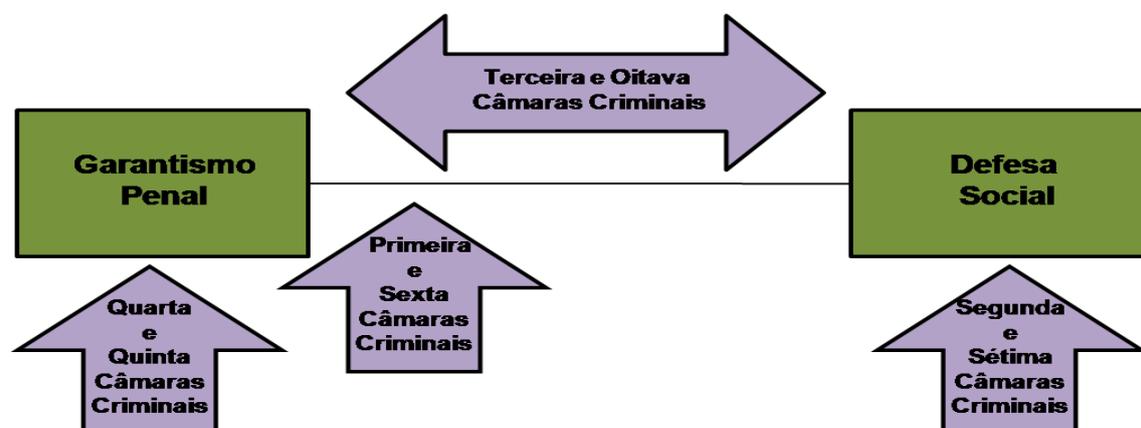
Já em relação a terceira e oitava câmaras criminais, não se pode realizar uma classificação que apontasse para o seguimento de uma ideologia. Estas duas câmaras apresentaram, no universo pesquisado, uma grande heterogeneidade argumentativa tanto para a liberação do réu, quanto para a manutenção da prisão

preventiva dentro de uma mesma câmara. Deste modo, pode-se dizer que os desembargadores que formam a terceira e a oitava câmaras possuem em seus discursos elementos que podem ser colocados no espaço entre os dois pólos ideológicos extremos.

Finalmente, segunda e sétima câmaras criminais foram consideradas, nesta análise, como formadas por desembargadores fortemente voltados às idéias de defesa e proteção social. Nestes casos, pode-se verificar que a interpretação da lei penal é realizada de modo extensivo e que garantias individuais dificilmente são consideradas, bem como a abertura cognitiva a fatores externos é ampla, tendendo a atender demandas sociais punitivistas. Porém, os discursos apresentados pelos desembargadores destas duas câmaras criminais apresentam diferenças argumentativas. Pode-se dizer que a sétima câmara criminal apresenta elementos que podem ser facilmente apreendidos como voltados à defesa social e à necessidade de uma separação maniqueísta da sociedade, enquanto os desembargadores da segunda câmara apresentam discursos mais “velados”, nos quais, aparentemente, consideram-se garantias individuais. Neste caso, são as entrelinhas que demonstram o verdadeiro conteúdo do discurso, as quais acabam por ser verificadas também através da análise quantitativa de dados realizada.

O gráfico abaixo demonstra o posicionamento de cada uma das oito câmaras criminais do TJ/RS:

Gráfico 14 – Ideologias Possivelmente Seguidas pelas Câmaras Criminais do TJ/RS:



FONTE: VASCONCELLOS, Fernanda B. A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico, 2008.

No universo pesquisado, os réus que cumpriam as medidas de prisão preventiva eram acusados, na maioria quase absoluta das vezes, pela prática de

delitos considerados graves, tais como homicídios, roubos, tráfico de entorpecentes. São raros os casos de pedidos de liberdade provisória para réus acusados de praticar delitos de baixo potencial ofensivo ou que não tenham atentado contra a vida humana.

Quando eram apresentados dados sobre o local onde o delito teria ocorrido ou mesmo sobre características pessoais do réu (dados estes não apresentados em todos os documentos), na imensa maioria dos casos, pode-se observar que pertenciam a classes econômicas mais baixas, residindo em locais violentos e com baixa infra-estrutura. Neste sentido, é possível verificar que a seleção de indivíduos pobres pelo sistema criminal é realizada no Rio Grande do Sul, da mesma forma que em todo o território brasileiro.

Apenas um dos documentos analisados apresentou o pedido de liberdade provisória para um réu declarado pertencente à classe média alta. Neste caso, houve a concessão do pedido de relaxamento da prisão preventiva para que o réu fosse para tratamento médico. Acredita-se que este caso demonstra a existência de critérios distintos para o julgamento de réus pertencentes a classes sociais distintas, além de mostrar as idéias de Bauman sobre indivíduos consumidores e não consumidores, na prática.

No universo pesquisado, não pode ser verificada qualquer diferença no resultado do julgamento do pedido de habeas corpus motivada pelo fato do réu possuir um defensor público ou privado. Porém, pode-se perceber que, quando o réu era o responsável pela impetração do pedido para sua liberdade provisória, nenhuma concessão foi dada. Acredita-se que este fato se dê pela falta de capital jurídico do réu, o que tem como consequência a não legitimação de seu pedido em um campo jurídico marcado pela necessidade de rituais, simbologias, usos e linguagem específica, que não se encontram ao alcance do réu.

No que diz respeito à existência de um prazo limite para o cumprimento de uma medida cautelar de prisão preventiva, pode-se dizer que, nos casos analisados, este espaço de tempo, o qual aparece na teoria como firmado jurisprudencialmente, não é respeitado. Em muitos pedidos de habeas corpus foi utilizada a justificativa da existência de constrangimento ilegal pela prisão preventiva pelo excesso de prazo para a formação de culpa do réu. Nestes casos, pela interpretação da maioria dos desembargadores do TJ/RS, mesmo que houvesse sido ultrapassado tal prazo

jurisprudencialmente formado, não haveria tal constrangimento ilegal, já que alguns ritos necessários para a realização da investigação, como oitiva de testemunhas, poderiam demorar mais tempo do que o esperado.

Finalmente, pode-se verificar, de modo empírico, que a teoria sistêmica de Niklas Luhmann não se demonstra capaz de dar conta do conflito real existente entre as diferentes concepções e ideologias que se dá entre os operadores do direito, neste caso, os desembargadores que compõem as oito câmaras criminais do TJ/RS. Os conceitos e características do subsistema jurídico criados por Luhmann partem da idéia de um sistema monolítico, no qual não existem discordâncias ou lutas internas voltadas à forma de como deve se dar a aplicação da lógica binária legal/ilegal.

A partir da pesquisa realizada observou-se que existem, dentro de um mesmo subsistema (como Luhmann teria referido), diferentes formas de compreensão do que é legal ou ilegal. Deste modo, a lógica binária, na verdade, apresenta-se como elemento variável, uma vez que é dependente de fatores que pautam as concepções seguidas pelos desembargadores, ou seja, que o que é considerado legal para um operador do direito, pode ser considerado ilegal para um outro.

Neste sentido, a idéia de campo de Pierre Bourdieu, dentro do qual existem conflitos ou lutas internas voltadas à busca do direito de se dizer como o direito deve ser dito ou utilizado aparece como um melhor instrumental teórico para que se possa realizar a análise de como se dão as relações entre operadores do direito e suas formas de interpretar e aplicar o mesmo. O campo, que é caracterizado como um campo de forças que constrange a ação dos indivíduos internos a ele, é ao mesmo tempo um campo de lutas, onde os mesmos indivíduos atuam de acordo com sua posição no campo de forças para conservar ou transformar a estrutura na qual estão inseridos.

Os resultados obtidos pela pesquisa realizada para esta dissertação, permitem apontar para a necessidade de uma agenda de pesquisa voltada para a análise da formação ideológica e o *habitus* jurídico dos juízes e desembargadores que compõem a justiça criminal no Rio Grande do Sul, orientada pelo referencial teórico do estruturalismo construtivista.

Referências

ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. **Revista Sociologias** Porto Alegre, n.8, 2002, p. 84-135.

_____ ; PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: julho de 2008.

_____ ; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 21, n. 61, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: junho de 2008.

_____. Crime, Violência e Impunidade. **ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, n.98, 2008. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=35&id=420>>. Acesso em: agosto de 2008.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1991, p. 111-186.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica do Controle da Violência à Violência do Controle Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARNAUD, André-Jean (org.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEVEDO, André Gomma de. Propostas para um estudo das prisões preventivas extraprocedimentais. In: SILVA, Marcelo Cardozo da. **Prisão em Flagrante e Prisão Preventiva**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Cadernos de Direito Penal, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

_____. O Controle Penal Sob a Ótica da Teoria Sociológica. In: **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas - RS, v. 3, n. 1, p. 63-85, 2004.

_____. Visões da Sociedade Punitiva: Elementos Para Uma Sociologia do Controle Penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 43-62.

_____; DIAS NETO, Theodomiro. Poder Judiciário e Justiça Penal no Brasil. In: Renato Sérgio de Lima et. al.. (org.). **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2007, v. 1, p. 128-131.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARBATO JR, Roberto. **Direito informal e criminalidade: os códigos do cárcere e do tráfico**. Campinas: Millennium, 2006.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e Prisão Provisória em casos de furto: da presunção da inocência à antecipação da pena**. São Paulo: IBCCrim, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é a globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1998.

BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: Free Press, 1963.

BERGALLI, Roberto. **Control Social Punitivo: Sistema Penal e Instancias de Aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel)**. Barcelona: Editorial María Jesús Bosch, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

_____. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **Os Usos Sociais da Ciência**. São Paulo: UNESP, 2004.

_____. **Esboço de Auto-Análise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Editora 34, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia Aplicada ao Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Prisão e Estado: a função ideológica da privação de liberdade**. Pelotas: EDUCAT, 1997.

_____. Do conflito social ao litígio judicial (limites e possibilidades de um constructo autopoiético). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org.).

Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Código de Organização Judiciária do Estado - COJE - Lei 7356/80. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/legisla/indice_leg.php>. Acesso em: junho de 2008.

Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2008.

COHEN, Stanley. **Visions of Social Control.** Cambridge: Polity Press, 1995.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DOUGLAS, Mary. **Pureza e Perigo: Ensaio sobre as noções de pureza e tabu.** Rio de Janeiro: Edições 70, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social.** In: Os Pensadores, vol. XXXIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **Lições de Sociologia.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia do Campo Jurídico: Juristas e usos do direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FREUD, Sigmund. **Ego e o Id e Outros Trabalhos**. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: Parte Geral**. Rio Janeiro: Impetus, 2004.

GARLAND, David. **La Cultura Del Control: crimen y orden social em la sociedad contemporánea**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Desvio e Criminalidade**. In: Revista Sub Judice – justiça e sociedade, Coimbra, n. 13, 1998, p. 09-30.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007

HOULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão**. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

KANT DE LIMA, Roberto. **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des)Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno de Espana Editores, 1991.

Lei de Execuções Penais. In: **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEMERT, Edwin. **Human deviance, social problems and social control**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1967.

LEMGRUBER, Julita. Controle da Criminalidade: mitos e fatos. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (org.). **Insegurança Pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana**. São Paulo: Nova Alexandria, 2002, p. 155-185.

LÉVY-BRUHL, Henry. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Martins Fonte, 1988.

LIMA, Renato Sérgio de et. al. (org.). **Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. 1 ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2007.

LOMBROSO, César. **O Homem Delinqüente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília, EdUnB, 1980.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico**. In Ajuris, Porto Alegre, nº 49, julho/1990.

_____. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Santa Catarina: Revista Seqüência, nº.28,1994.

_____. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid, Alianza Editorial, 1997.

MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2008.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o Individualismo Liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática 1991, p. 79-110.

Ministério de Justiça – Execução Penal. **InfoPen**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>>. Acesso em: maio de 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e Controle Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática 1991, p. 197-242.

NEVES, Clarissa E. B. **Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre, UFRGS/Instituto Goethe, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PARSONS, Talcott. **El sistema social**. Madrid: Revista do Ocidente, 1966.

_____. Algunas Fuentes Primordiales y Pautas de Agresión em la Estructura Social de Mundo Occidental. In: **Ensayos de Teoria Sociologica**. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 257-332.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do Estado Moderno: Uma Introdução Sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

RAVINA, Carlos Morales de Setién. **La Fuerza del Derecho**. Bogotá: Instituto Pensar, 2000.

Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/legisla/indice_leg.php>. Acesso em: junho de 2008.

Relatório Anual de Prestação de contas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/contas/r_anual/indice.php>. Acesso em: junho de 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os Clássicos da Política.** São Paulo: Ática 1991, p. 51-78.

RODRIGUES, José Albertino (org.). **Émile Durkheim: Sociologia.** São Paulo: Ática, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALLA, Fernando. A pesquisa sobre prisões: um balanço preliminar. In KOERNER (org.). **História da Justiça Penal no Brasil – Pesquisas e Análises.** São Paulo: IBCCrim, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica.** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 1995.

_____. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício de experiência.** São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. **As possibilidades das Metodologias Informacionais nas práticas sociológicas: por um novo padrão de trabalho para os sociólogos do Século XXI.** Sociologias, Porto Alegre, n.5, 2001, p.116-148.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. **Rev. Adm. Pública**, v.40, n.1, 2006, p.27-53.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito: Origens, Pesquisas e Problemas**. São Paulo: Manole, 2004.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.