

Os vasos (in)comunicantes: uma introdução sociológica ao sistema de justiça criminal

The incommunicable vessels: a sociological introduction to the criminal justice system

Hélio Simões Vidal*

Sumário

1. Física e equilíbrio (os vasos comunicantes): sociedade e compartimentação. 2. O problema da (des)integração entre as instâncias de controle penal. 3. O sistema policial. 4. A ação persecutória do Ministério Público. 5. A atuação garantista da justiça penal. 6. A vingança da execução penal. Referências.

Resumo

Este artigo se constitui em um enfoque sociológico sobre as instâncias de controle penal formalizado, procurando discorrer sobre os problemas práticos que levam à formação de instâncias autistas na prevenção e repressão ao crime e às consequências desse isolamento institucional. A abordagem parte das teorias estruturalistas e funcionalistas para descrever o desengate entre as quatro instâncias (polícia, Ministério Público, judiciário e estabelecimentos penais), abordando-as de maneira individual, para, ao final, descrever e analisar a pena-prisão na sociedade contemporânea.

Abstract

This article is based on a sociological focus on the instances of formalized criminal control, seeking to discern the practical problems that lead to the formation of autistic bodies in the prevention and repression of crime and the consequences of this institutional isolation. The approach departs of the structural and functionalist theories to describe the disengagement between the four instances (police, prosecutors, judiciary and criminal establishments), and dressing them individually, to finally describe and analyze the prison sentence in contemporary society.

* Doutor em Ciências Sociais (UFJF/MG). Mestre em Direito (UGF/RJ). Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Palavras-chave: Sociologia das instituições penais. Instâncias de controle formalizado do crime. Polícia. Ministério Público. Justiça e execução penal.

Keywords: *Sociology of criminal institutions. Instances of formalized crime control. Police. Public prosecution. Justice and criminal enforcement.*

1. Física e equilíbrio (os vasos comunicantes); sociedade e compartimentação

No campo da física, os vasos comunicantes são um experimento utilizado para explicar o equilíbrio entre dois líquidos, através de um duto aberto.

Como o sistema está estabilizado, é possível aferir a relação perfeita entre a pressão e a altura dos líquidos na coluna, o que ocorre de forma inversamente proporcional às respectivas densidades.

Existindo uma relação invariável em todos os experimentos, é possível a síntese de uma lei geral para os fenômenos naturais, que se repetem em todo experimento, sem exceção.

No campo das ciências sociais se constata uma realidade bastante variável nas relações entre os “vasos” representados pelas instâncias de controle penal.

O engate comunicativo entre elas deveria ser controlado pelo direito, supostamente para realizar finalidades comuns, a prevenção, a descoberta de infrações penais, a identificação e a punição dos culpados.

No entanto, as instituições de controle penal agem de acordo com regras elaboradas para si mesmas, sem interferência direta das demais instâncias.

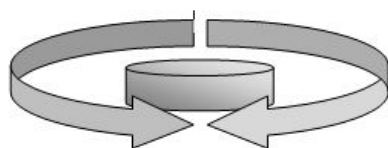
Esse é um fenômeno não exclusivo, mas que ocorre de forma geral na sociedade, porque esta se constitui de uma rede de sistemas parciais autônomos que se fecham uns em relação aos outros através de “semânticas próprias”. (HABERMAS, 2003, p. 63)

Em cada domínio do controle social há uma atitude prática continuada que determina o comportamento dos seus integrantes.

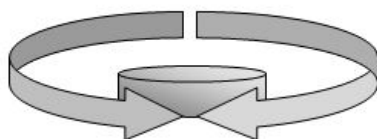
Nem a Constituição ou qualquer legislação consegue planificar e integrar, em um objetivo comum, as instituições e o comportamento, dentro delas, dos agentes do controle formalizado.

Cada instituição age de acordo com suas finalidades próprias, seguindo sua própria cultura, fenômeno que, sob o ponto de vista da sociologia jurídica se denomina compartimentação das instâncias de controle penal.

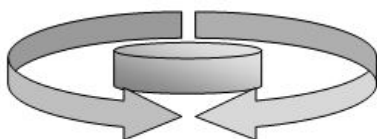
COMPARTIMENTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS DE CONTROLE PENAL



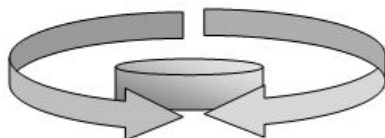
Judiciário



Ministério Público



Polícia



Estabelecimentos Prisionais

As teorias estruturalistas e funcionalistas são decisivas para a compreensão desse problema macrossociológico. Segundo as observações dessas teorias objetivistas, a sociedade está dividida em vários mundos circundantes, sendo diferenciada funcionalmente em vários sistemas, uns ao lado dos outros, formando sistemas parciais fechados.

Embora o direito tenha a pretensão de produzir a articulação, a integração e a estabilidade social (RAISER, 2013, p. 187), ele não é capaz de intervir diretamente para integrar todos os sistemas sociais parciais, porque a própria sociedade está dividida de maneira muito complexa.

O racionalismo das prescrições normativas, ou seja, do direito, é deslocado, pelas constatações sociológicas, para uma posição periférica. Embora o direito tenda a produzir expectativas comportamentais congruentes, outros mecanismos fáticos interferem decisivamente no comportamento dos agentes das instâncias formais de controle.

A disjunção entre os sistemas de justiça criminal é determinada por causas internas, de acordo com uma lógica diferenciada prevacente em cada organização, de acordo com um código de comunicação próprio. Por isso, a ideia de sistema de justiça criminal se refere a um artifício conceitual utilizado em ciências sociais para referir-se aos diversos subsistemas de controle penal. O “sistema” de justiça criminal, como afirma WACQUANT (2003, p. 191), “só é sistemático no papel”.

Sendo muito questionável a possibilidade de compreensão e explicação das causas da criminalidade, é, entretanto, inteiramente viável, sob o ponto de vista sociológico, explicar a ação dos vários subsistemas penais.

Cabe à sociologia e à criminologia a explicação da autoprogramação das instâncias de controle penal, das razões da existência de bloqueios internos, da falta de coesão entre esses sistemas parciais, em síntese, a investigação da vida interna das instituições de controle penal e da impotência do direito para integrá-las.

A partir da sociologia do conflito é possível compreender como agem as pessoas e como funcionam as instâncias que têm o poder de definir o que é crime.

2. O problema da (des)integração entre as instâncias de controle penal

Cada instância de controle obtém a sua autonomia através da criação de códigos e semânticas próprias, não traduzíveis entre si que nascem da diferenciação funcional entre as múltiplas instâncias, que, num certo sentido, são “autistas” e perdem a capacidade de comunicar diretamente entre si, limitando-se apenas à “observação mútua”. (HABERMAS, 2003, p. 65)

Segundo Luhmann (1983, p. 146), os diversos sistemas parciais são orientados para funções específicas e produzem, em cada direção funcional abstrata, mais possibilidades de experimentação e de ação que seria possível realizar na sociedade em sua totalidade.

A desintegração dos sistemas parciais de controle penal é causada pela diferenciação funcional entre eles, com a conseqüente “superprodução de possibilidades”. (LUHMANN, 1983, p. 177)

O encapsulamento da polícia e a sua repulsa a qualquer controle externo são devidos a uma herança colonial. No Brasil, mesmo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, em 1942, a função policial era acometida, ante a falta de pessoal capacitado, aos “delegados de calça-curta”, ou seja, pessoas leigas e, mais tarde, em regimes ditatoriais, aos oficiais da polícia militar, indicados politicamente ao executivo, que os nomeava para presidir a investigação. Como não

havia praticamente controle algum sobre suas atividades, toda a repressão e violência estavam concentradas nas mãos da polícia.

A polícia age segundo a estratégia da repressão e da punição dos suspeitos e considera que a excessiva latitude dos direitos individuais acaba por “embarrear” as suas finalidades. Com isso, muitos comportamentos dos agentes policiais são praticados com arbitrariedade e pressão, o que não deve, entretanto, ser considerado num quadro individual, mas que deixa raízes mais profundas.

Se a obtenção de um mandado de busca e apreensão parecer dificultoso, a entrada na residência do suspeito, por exemplo, pode ser obtida com a sugestão de novas investidas ou retaliações e, assim, a investigação pode ser “facilitada”. Outra “estratégia” é o oferecimento de certas “vantagens” se uma pessoa envolvida na investigação colaborar, por exemplo, entregando os demais comparsas. O delator será “premiado” com a supressão de seu nome da ocorrência policial ou a sua inserção como “testemunha”, por exemplo.

Toda polícia é avessa do controle externo, justamente, pelo risco a que seus agentes se expõem de, na rotina de trabalho, se verem apontados como eventuais autores de crimes. Contra esse risco existe uma dilargada e enraizada matriz corporativa. Além disso, toda política de intervenção sobre a polícia recebe o rechaço institucional dada à constatação de que a polícia é resistente a inovações. (BRETAS, 1997, p. 80)

O avanço do Ministério Público sobre a titularidade da investigação criminal é outro ponto de grande conflito institucional. A polícia considera que a investigação criminal é um feudo próprio e, por isso, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, existe uma deplorável e paralisante resistência sobre esse controle, com repercussão no Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência era cambiante, no sentido de vedar a investigação direta ao Ministério Público (RE 233.072-4/RJ; RE 205.473-9/AL) ou admiti-la, com fundamento na hermenêutica constitucional dos “poderes implícitos”. (RE 468.523/SC)

Após essa hesitação, o STF firmou o entendimento no sentido da legitimidade constitucional da investigação direta promovida pelo Ministério Público (RE 593.727, com Repercussão Geral, julgado em 14/05/2015).

O Ministério Público é a instituição responsável pela ligação entre a polícia e a magistratura. Sua função é uma simbiose entre a investigação e o julgamento. Ao mesmo tempo em que o Ministério Público está ligado à polícia, pois depende muito do sucesso das investigações preliminares, estando, por isso, atrelado ao meio policial, também deve se comunicar com a magistratura segundo a visão que os juízes possuem sobre o sistema criminal.

Como órgão da acusação, o Ministério Público é o responsável pela “tradução” das investigações e pela sua persecução em juízo, retirando delas eventuais “excessos punitivos”, por exemplo, reduzindo, nas acusações oferecidas, o alcance do indiciamento feito pela polícia.

Oferecida a denúncia, entretanto, o Ministério Público é obrigado a abandonar a investigação policial, uma vez que todo o processo que se seguirá estará bitolado pelas restrições do contraditório judicial.

Assim, o Ministério Público vive um conflito situacional, ou seja, para acusar, necessita dos logros da “polícia judiciária” ou da sua própria investigação direta, mas, para obter sucesso no processo, deve abandoná-las e aguardar que as provas sejam confirmadas perante o juiz criminal, uma vez que a pessoa acusada tem o direito ao contraditório. (Constituição Federal, art. 5º, LV)

O empenho do Ministério Público, assim, é pela repetição das provas realizadas pela polícia ou por ele próprio, nas investigações preliminares. Esse trabalho é muito difícil, pois a acusação deve lutar contra a “sabotagem” do tempo, tendo em vista que, sob o ponto de vista da mecânica procedimental, quanto maior for a distância entre os anéis intermediários (*Zwischenglieder*) tanto menor será o valor dos depoimentos prestados. (SCHROEDER, 2007, p. 169)

As provas como que vão desbotando com o tempo pelo esquecimento, então, o novo empenho da acusação é lutar pela aceleração do processo, mas isso já não depende exclusivamente do Ministério Público, que está no meio da engrenagem lenta do judiciário.

A aproximação com a magistratura está na atuação imparcial dos membros do Ministério Público. A neutralidade funcional não é mais do que a exigência de submeter-se aos fatos. Se a prova não for suficiente, o Ministério Público deve pedir a absolvição do réu. Os terríveis debates judiciais, a contenda com o colégio defensivo e a vaidade – também dos demais atores – podem turvar o dever de isenção.

A magistratura é uma “corporação insulada do ambiente externo” e que se comunica com ele por meio da chamada “entrada lateral na corporação”, em que preponderam critérios políticos no recrutamento de “notáveis das profissões jurídicas” (VIANNA *et alli*, 1997, p. 43), vale dizer, advogados e membros do Ministério Público, que preenchem 1/5 das vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, e 1/3 das vagas do STJ. (CF, art. 94 e 104, parágrafo único, II)

Quanto mais se está próximo dos vértices da sua hierarquia – federal ou estadual – é maior a sua exposição ao ambiente político (VIANNA *et alli*, 1997, p. 44), o que tem comprometido o instituto do “quinto constitucional”, com a indicação de pessoas por mecanismos familísticos e corporativistas. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 231)

Outro raro vaso de comunicação entre a magistratura e o ambiente externo está nas bancas de seleção dos concursos, onde a Ordem dos Advogados do Brasil tem presença obrigatória. (Constituição Federal, art. 93, I)

No que diz respeito às funções jurisdicionais, existe um fenômeno de fechamento sistemático, conjugado com a abertura externa do Poder Judiciário às outras instituições não só de controle, mas também democráticas, como é o caso da difusa legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade

e a ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. (Constituição Federal, art. 103)

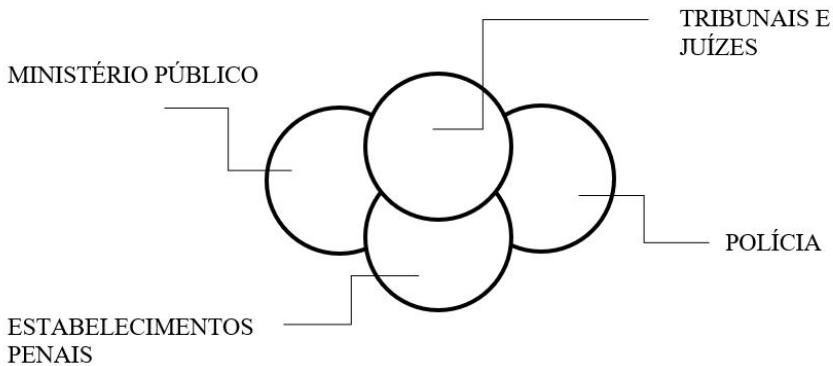
O fechamento interno do judiciário está localizado, principalmente, na formação da jurisprudência. É o que ocorre, por exemplo, com as Súmulas Vinculantes (CF, art. 103-A) editadas pelo Supremo Tribunal Federal que, a par de possuírem valor de lei, “tornam vulneráveis, na prática, o princípio da soberania do juiz singular”. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 46)

De fato, esse é o exemplo mais eloquente do fechamento interno do judiciário, pois todos os juízes devem seguir as Súmulas Vinculantes, editadas do vértice do judiciário para a sua base. Isso implica reduzir toda a magistratura abaixo do STF em uma “vasta burocracia”, sob o seu “comando centralizado”. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 47)

A análise das funções constitucionais específicas das instâncias de controle penal (Polícia, Ministério Público, Judiciário e Estabelecimentos Penais) indica que, por questões estruturais internas, pelos objetivos próprios afetos a cada compartimento de poder ou pela cultura interna, a comunicação entre elas é apenas eventual.

A esquematização gráfica que melhor representa essa compartimentação é a de quatro círculos parcialmente secantes, mas que possuem diminutos campos em comum, limitados aos casos em que as finalidades institucionais possam ser as mesmas.

(DES)INTEGRAÇÃO DOS SISTEMAS PARCIAIS DE CONTROLE PENAL



Descobrir essas concordâncias e os campos isolados do controle penal, é o empenho da sociologia das instituições penais.

3. O sistema policial

As investigações sobre a polícia desafiam a ciência política e a sociologia. Há um espigão de dificuldades que obstruem o trabalho de campo e a obtenção de dados confiáveis sobre a atuação policial. O ambiente é envolto pela desconfiança e pela intransigência burocrática, além de ser extremamente perigoso para a própria instituição, por estar sujeita ao desvendamento de práticas ilegais e até mesmo criminosas dos seus agentes, do que não se distancia das demais agências de controle, dado o desvirtuamento da moralidade e dos freios em todos os círculos sociais.

A polícia, entre as instâncias de controle penal formalizado, é aquela que está mais próxima da violência, tornando bastante problemático encontrar alguma legitimação para o trabalho policial. A polícia é “repugnante moralmente” (BAYLEY, 2006, p. 18). Enfim, é preciso uma paciência desmedida para estudar a polícia e colher informações.

Apesar disso, se constata que, em ciência política e sociologia, as investigações sobre a polícia alcançaram grandes avanços em qualidade e quantidade de pesquisa acadêmica. A polícia atrai o sociólogo, o cientista social e os estudos acadêmicos, não obstante se possa afirmar que ela, entre as instituições de controle, seja aquela que obsta, pela sua atuação, as bem delineadas formas constitucionais do Estado de direito (inviolabilidade dos direitos fundamentais, princípio da legalidade, divisão dos poderes etc.), revelando suas margens de inefetividade.

Não havendo controle sobre as instituições policiais, fica em aberto a indagação: *Quis custodiet ipsos Custodes?* (Quem guardará os próprios guardas?) (BEATO FILHO, 1999, p. 17)

Embora as instituições policiais sejam resilientes às transformações propostas pelas ciências sociais, constituindo-se em um nicho cativo onde as mudanças não têm efetividade, se constata a existência de um caudal de estudos sociológicos sobre a polícia, o seu papel, as suas transformações contemporâneas e as implicações recíprocas entre a política e a segurança pública.

O diagnóstico sobre a função e a atuação concreta da polícia é crucial quando se tem em perspectiva a formulação de políticas sobre o tema segurança pública e as relações entre as organizações que compõem o sistema de controle penal.

Sem o conhecimento do padrão secular que caracteriza o hermetismo da produção e transmissão do conhecimento profissional, os programas de reorganização da prática policial são inúteis porque atuam apenas através de uma interferência de natureza técnico-administrativa e não se adequam à situação real que se propõem modificar. (MACHADO DA SILVA, 2011, p. 78)

O caso brasileiro, apesar da incessante investigação acadêmica, ainda revela um quadro de improvisação policial no combate ao crime, o que se deve, em primeira linha, à refração das diversas polícias às críticas e propostas feitas pelos segmentos externos às instituições.

Infelizmente, ainda não dispomos de análises mais consequentes a amparar a formulação de programas de controle da criminalidade. Nossas autoridades ainda acreditam que bom senso, boas intenções e intuição sejam suficientes para a formulação de políticas de segurança. A dura realidade de nossos dias parece contrariar cada vez mais esta percepção. (BEATO FILHO, 1999, p. 24)

O sistema policial brasileiro, de todo modo, é muito expressivo do que a ciência política denomina de “democracia disjuntiva”, ou seja, a existência, no país, de instituições políticas democráticas, entre elas as instituições de controle social, mas, dentro delas, a realização de procedimentos à margem da lei e a constatação de que essas instituições, devendo garantir a substância da democracia em sua dimensão civil, podem ser as primeiras a violarem essas premissas. (RIBEIRO, 2013, p. 201)

Os efeitos deletérios desses procedimentos à margem da lei estão no fato de que os indivíduos terminam por não considerar a polícia como uma agência capaz de garantir a lei, os direitos e a própria cidadania e, também, na busca por outras soluções à margem da intervenção da agência policial, ainda que sejam intervenções ilegais.

As polícias teriam uma importância adicional nesse cenário por serem a porta de entrada do sistema de justiça criminal. Essas são as primeiras agências às quais os cidadãos deveriam recorrer sempre que se sentissem ameaçados em sua vida, liberdade, propriedade ou igualdade. Soma-se a isso o fato de que um trabalho policial inadequado compromete o próprio trabalho judicial. Afinal, no âmbito criminal, o devido processamento dos ilícitos apenas pode ocorrer de acordo com as regras do Estado Democrático de Direito se o trabalho policial for bem completado. (RIBEIRO, 2013, p. 203)

Do ponto de vista legal, a polícia está subordinada ao Executivo. A função policial é uma mescla entre a prevenção e a repressão das infrações penais. A repressão (investigação das infrações penais) é reservada à polícia federal e às polícias civis dos estados (Constituição Federal, art. 144, § 1º, I, e § 4º). A prevenção (policiamento ostensivo) cabe às polícias militares estaduais. (Constituição Federal, art. 144, § 5º)

A divisão dessas funções possui nítido substrato político para impedir a concentração do poder e a hipertrofia da polícia. Não raro, na rotina operacional dessas instâncias, ocorrem atritos que vão contra a finalidade comum que entre elas deveria ser compartilhada. A teórica simplicidade da divisão de papéis, na prática, é foco de problemas interorganizacionais e também jurisdicionais: onde termina a prevenção (policiamento ostensivo) e onde começa a atividade investigatória?

Exemplo dessa falta de fronteiras claras é a disputa sobre quem detém competência para execução de mandados de busca e apreensão expedidos pelo

Judiciário. Embora à polícia civil e federal caiba a função da polícia judiciária, se o “levantamento preliminar” é feito por agentes da polícia militar, pelos “serviços de inteligência”, essa instituição chama a si a prerrogativa, muito importante sob o ponto de vista da visibilidade pública, de executar a diligência, que já se insere claramente no espaço da formação da prova contra o suspeito, o que seria atribuição da polícia judiciária (civil ou federal).

De outro lado, se o caso envolve a necessidade de uma “investigação preliminar”, como numa denúncia envolvendo tráfico de drogas, por exemplo, surge a questão de se saber se a polícia militar pode realizar o procedimento sigiloso de interceptação das comunicações telefônicas e a quem toca o cumprimento da medida cautelar, que não prescinde de autorização do judiciário. (Constituição Federal, art. 5º, XII e Lei n. 9.296/1996, art. 1º, parágrafo único)

Como não há concordância entre as instituições sobre os limites entre as duas atividades (prevenção e investigação), há “invasões” de competências, que o direito não equaciona e que são, na prática, resolvidas sob uma “lei de precedência”, segundo a qual a instituição que agir primeiro requer ao judiciário a autorização para executar a diligência que está sob a reserva de jurisdição.

A tematização dessa questão no Supremo Tribunal Federal recebe a solução jurídica da admissibilidade da busca feita pela polícia militar, já que a Suprema Corte interpreta que não há vedação expressa para que seus agentes a executem. (STF, RE 404.593-1; HC 91.481-1)

Esses problemas são potencializados quando o caso envolve crimes praticados por agentes policiais (militares ou civis), pois há muita desconfiança de que as próprias instituições a que pertençam esses agentes possam realizar, com isenção, os mesmos levantamentos preliminares ou a própria investigação.

A solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a validação da interceptação feita por órgãos da Secretaria de Segurança Pública, onde se encontravam alocados policiais civis e militares, porque o fato envolvia prática delitiva grave, associação para o tráfico, além da referência da ingerência de quadrilha no aparelho policial. (STJ, HC 57.118-RJ)

Sob a ótica dos tribunais, embora a Lei n. 9.296/1996 preveja que a interceptação deva ser executada pela autoridade policial, vale dizer, pelo delegado de polícia, a interpretação jurídica do dispositivo deve ser ampliada para não inviabilizar a efetivação das interceptações telefônicas. (STJ, HC 131.836-RJ)

As ações operacionais realizadas pelas nominadas instituições (polícia civil, militar e federal) são outro ponto de desencontro entre os aparelhos de repressão, pois se constata que não há uma coordenação das ações, ou seja, cada instituição age segundo objetivos e metas próprias.

O resultado disso é que as demais polícias são, igualmente, surpreendidas com as ações de uma delas, o que é fonte de inesgotáveis tumultos e desorganização operativa. Exemplo disso é a disponibilização de mandados de prisão no Banco

Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), o que permite a todos os agentes, e também à população, o acesso a estes mandados, provocando embaralhamento das ações.

As disputas entre a polícia militar e a polícia civil indicam ser nítido o descompasso e desconfianças mútuas. Essa desconfiança sobre a atuação das polícias civis e estaduais está impressa na própria Constituição Federal (art. 144, § 1º), com a previsão de que a Polícia Federal possa realizar a apuração de infrações penais, cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, o que foi regulamentado pela Lei n. 10.446/2002, que ampliou as atribuições investigativas da Polícia Federal, para abranger, por exemplo, delitos de sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro, quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima, o furto, roubo e receptação de cargas, bens e valores, transportados em operação interestadual, envolvendo quadrilhas ou bandos com atuação em mais de um Estado.

Nas relações institucionais, o agente da polícia militar, que atua no cotidiano penoso das ruas, considera que a polícia civil é a censora de seus atos. A autoridade policial (delegado de polícia) é um agente de gabinete, inerte, burocratizado, muitas vezes corrupto e pronto a criar embaraços após o encaminhamento do caso, tornando todo o esforço militar inútil e frustrante. A visão, do lado da polícia civil, é a de que o policial militar realiza um trabalho arbitrário e imediatista, braçal e de pouco valor sob o ponto de vista dos objetivos próprios da polícia civil.

Quando as instituições conseguem estabelecer uma articulação comum, por exemplo, a prisão, pela polícia militar, de um marginal, a sua entrega à polícia civil para atuação e formalização da investigação, isso gera a “apropriação” do caso por esta instituição, causando novos ressentimentos. A dicotomia das funções policiais é, assim, um fator de separação entre as instituições de prevenção e repressão.

Essa dicotomia entre as funções policiais enseja problemas que envolvem um quadro muito delicado na formulação de políticas públicas, como, por exemplo, no caso brasileiro, a proposta de unificação das polícias, pois não é possível unificar funções cuja formação profissional e regras de ordem prática são bastante distintas (BEATO FILHO, 1999, p. 19). A este propósito, a unificação das polícias é um experimento social fadado a fracassar, tal como a tentativa de misturar água e óleo.

Dentro da teoria das organizações, importantes achados sociológicos indicam que, dentro de cada polícia também há grande oposição de papéis, com desconfianças recíprocas que prejudicam a atividade finalística de cada organização.

Em relação ao inquérito policial, há uma disputa de saberes entre o responsável pela sua condução (delegado de polícia) e os investigadores (tiras), que, reciprocamente, se desqualificam. Os policiais enfatizam a sua experiência em lidar cotidianamente com o crime (saber policial), já delegados consideram o saber que detêm necessário à tradução dos resultados da investigação para a linguagem jurídica (saber jurídico); os investigadores desqualificam a função do delegado, visto que limitada à tradução dos achados da investigação à linguagem jurídica e sem nenhum poder de decisão,

já que perderam a prerrogativa de expedir mandados. Os delegados, por sua vez, são críticos em relação à postura dos agentes frente às atividades que desempenham. (VARGAS; RODRIGUES, 2011, p. 83-84)

No relacionamento interorganizacional, se observa até mesmo que atos corriqueiros, pertinentes ao trabalho específico de cada instituição, como o simples pedido de novas diligências feito pelo promotor de justiça, para complementação de diligências investigatórias, a cargo da polícia judiciária, causa “reações pouco amistosas entre os policiais”. (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 49)

A prossecução dos estudos sobre o papel social da polícia deve ser feita pela indagação sobre quais crimes ela investiga.

A despeito do princípio da obrigatoriedade, que determina que todas as notícias de crimes sejam apuradas formalmente através do Inquérito Policial ou de um Termo Circunstanciado de Ocorrência (Lei n. 9.099/1995), se constata que os órgãos de investigação, embora tendo espaço legal para exercer o poder repressivo sobre qualquer habitante, este poder se efetiva à margem da planificação legal, sobre um número muito restrito de infrações, a tal ponto que o maior indicador criminal continua sendo as infrações contra o patrimônio.

Essas infrações penais se constituem em definições tipológicas prolixamente estabelecidas na legislação, como herança do utilitarismo econômico e do pensamento liberal. Existe, no caso da legislação penal brasileira, uma teia de comportamentos delitivos de forma que quase todas as ofensas ao bem jurídico “patrimônio” possam se enquadrar em um tipo penal.

No contexto localizado de Minas Gerais, por exemplo, o diagnóstico sobre a evolução da taxa de crimes contra o patrimônio (furto e roubo de veículo) e tráfico de drogas, indica que é justamente este tipo de criminalidade que tem crescido nas grandes cidades, existindo uma clara tendência de evolução dos crimes violentos contra a propriedade, cuja participação percentual é crescente.

A cada ano, este tipo de delito abocanha uma parcela maior do total de crimes violentos. No início do período, em 1986, os delitos contra a propriedade contabilizavam cerca de 41,7% do total de crimes violentos. Em 1997, passaram a contribuir com 71,7% do total. (BEATO FILHO, 1999, p. 16)

É muito sintomático que quase todo o trabalho policial envolva a rotina da apuração de furtos, roubos, extorsões, estelionatos, apropriações, receptações, danos etc. Não por acaso, os autores dessas infrações, e, por consequência, os investigados pelo aparato policial, são pessoas bem definidas quanto à sua procedência social. Também não é por mera coincidência que a punição quase integral dos crimes contra o patrimônio está associada à pena de prisão.

É inegável, assim, que a função policial seja um subproduto do positivismo criminológico, pois é ela quem prepara e encaminha à prisão os degenerados (anormais) que cometem crimes de acordo com fatores patológicos (etiologia criminal).

Se houver, simplesmente, a despenalização dos crimes patrimoniais sem violência contra a pessoa ou pelo menos subordiná-los à representação da vítima, a título de estratégia de política criminal, a polícia judiciária ficaria praticamente esvaziada em sua função de controle social.

Basta pensar que, nos países de produção capitalista, “a estatística mostra que mais de 80% dos delitos perseguidos são delitos contra a propriedade”. (BARATTA, 2002, p. 198)

Os pontos mais expressivos da polícia são a sua visibilidade e mobilidade. A polícia pode ser encontrada em todos os lugares e a qualquer hora ela pode ser solicitada, sem custos e ser imediatamente mobilizada nas situações conflituosas. A polícia é “amiga e assistente” (*Freund und Helfer*). Além disso, está autorizada à utilização da coação. (EISENBERG, 2005, p. 269)

Em países de grande vastidão territorial, como é o caso do Brasil, a existência da polícia de investigação criminal e a manutenção do inquérito policial, como fase preparatória do processo criminal, foram justificadas pela possibilidade de imediato deslocamento da autoridade policial para qualquer rincão e da suposta eficiência na coleta das provas da infração.

Essa visibilidade massiva da polícia provoca, inclusive, uma mistificação de sua atuação, causando uma falsa concepção de que o trabalho policial é dedicado exclusivamente ao combate ao crime, relegando a segundo plano inúmeras atividades rotineiras, assistenciais e de manutenção da ordem que envolvem as polícias. (BEATO FILHO, 1999, p. 18)

O recrutamento do pessoal da polícia, salvo para os cargos de delegado, que devem ser bacharéis em direito, em virtude da necessidade de “tradução” do resultado da investigação em linguagem jurídica, revela um quadro de baixo nível intelectual e de estudo. Como observa Bayley (2006, p. 18), os próprios policiais relatam que entrar para a polícia não é o melhor meio de conhecer pessoas interessantes, o que nada mais é do que o reflexo da falta de investimento global e da posição secundária da polícia na ordem de importância das instituições de controle penal.

A carreira não oferece atrativos para aqueles que possuem uma formação acadêmica mais intelectualizada ou um melhor aperfeiçoamento técnico-profissional.

A maioria dos agentes policiais está naquela linha de inércia e inapetência profissional, que é o resultado final do desprezo e da desconfiança sobre quase tudo que envolve a atuação policial, refletindo dentro da corporação em um estado geral de desânimo e desmobilização profissional, situação que somente não ocorre “logo após a conclusão dos cursos de formação e os primeiros anos na profissão”. (EISENBERG, 2005, p. 272)

Um dos fatores para as respostas irracionais em quase tudo que a polícia intervém está na preparação deficiente dos agentes. Após curtíssimo prazo de “preparação” nas academias de polícia civil, o novato assume o cargo de investigador de polícia, perito criminal ou escrivão, ou é encaminhado, sob a mais baixa patente militar, para o patrulhamento de ruas e as atividades de prevenção.

Sob a ambiência das experiências cotidianas desenvolve-se uma cultura de ação policial, cujos limites podem não corresponder ao aparato legal.

É na atividade cotidiana dos policiais que podemos buscar as origens de seu saber, que ainda permanece largamente informal, distinto do treinamento que mais e mais se tenta oferecer nos centros de instrução. Se existe hoje uma preocupação acentuada em oferecer a novos policiais um treinamento mais adequado e melhor direcionado para temas como respeito aos limites legalmente estabelecidos de sua atuação, um dos pontos mais difíceis de quebrar será certamente o outro aprendizado, que é oferecido quando o novo policial passa da escola a rua, onde as verdades da profissão são apresentadas de forma muito diversa. (BRETAS, 1997, p. 83)

Essa percepção sociológica é decisiva para a compreensão das práticas policiais e de como se dá a sua transmissão entre os membros das corporações, formando o que se denomina “cultura policial”. Os conhecimentos informais é que, na verdade, moldam uma cultura própria e autônoma dentro das polícias, o que explica a formação de barreiras intransponíveis para os programas de reforma da polícia.

Sustentados pela secular delegação que recebem para operar a função repressiva de controle social com ampla liberdade de ação, o conhecimento profissional dos policiais permanece pessoalmente apropriado por eles, como uma posse individual dos agentes, que administram informalmente sua reprodução e transmissão (Nascimento, 2008). A definição do que é “ser policial” e de como atuar é produzida pelos próprios membros, segundo seus interesses e orientações práticas e sua interpretação particular sobre as expectativas sociais a respeito do desempenho da função que lhes cabe. Desse modo, as corporações produzem uma cultura própria, autônoma e pouco racionalizada, que depende em grande medida das decisões e trajetórias pessoais de cada policial e dos conflitos internos entre seus diferentes grupos. (MACHADO DA SILVA, 2011, p. 78)

Obviamente, existe uma ambiência e uma representação social sobre a possibilidade de que os agentes policiais possam agir livremente para brutalizar e punir os “bandidos”. E talvez o que cause mais espanto seja o fato de que essas ações contam com grande apoio da população em geral, o que termina legitimando o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais em nome da manutenção da ordem. (RIBEIRO, 2013, p. 204)

A violência policial, entretanto, é reduzida drasticamente ou anulada, quando o suspeito ou investigado é pessoa de recursos ou aparenta possuí-los ou está acompanhada de advogado. Nesse caso, há um natural receio por parte dos agentes policiais de que fiquem expostos aos contratempos administrativos e às ações criminais que possam prejudicá-los.

Se a pessoa envolvida na “sujeição criminal”, ou seja, no processo de “criminação de sujeitos” (MISSE, 2010, p. 21), entretanto, não aparenta ter acesso aos canais de denúncia, a atuação da polícia pode resvalar para a violência.

De fato, “um aspecto decisivo para reduzir a possibilidade de castigo é o poder de reclamação do cidadão, traduzido em capacidade de denunciar e processar policiais por essa prática”. (MUNIZ; PAES MACHADO, 2010, p. 446)

Ainda existe, conquanto positivamente reduzida pelo controle externo, nas instituições policiais o antigo pendor para “consertar” os conflitos autoritariamente e submeter os “vagabundos” (criminosos reiterados, brigões, pessoas incômodas, desocupados e vadios etc.) a castigos e punições físicas, sob a justificação da autopersonificação da ordem e do Estado. Não é incomum que esses conflitos sejam letais, mas, quando atingem os celerados, a ação policial é representada socialmente como uma espécie de “inseticida social”.

Investigando os casos de autos de resistência, lavrados pela polícia militar no Rio de Janeiro, entre 2001 e 2011, Misse (2011b, p. 130) observou que a morte da pessoa envolvida na sujeição criminal é naturalizada pelos policiais como uma “obrigação moral” e com a visão de que a letalidade das ações é plenamente justificável, principalmente se as vítimas forem “bandidos”.

Segundo a lógica policial, há uma distinção entre homicídios investigáveis e homicídios não investigáveis, como, também, que há “indivíduos matáveis”, ou seja, pessoas que poderiam ser mortas por qualquer pessoa sem que isto implicasse crime (MISSE, 2010, p. 21). As representações sociais de “periculosidade”, “irrecuperabilidade” e “crueldade” participam dos processos de subjetivação que conduzem, no limite, à justificação do extermínio do sujeito criminal. (MISSE, 2010, p. 25)

O processo de aprendizagem prática dos agentes policiais ocorre pelo contato e pela observação do comportamento dos mais “experientes”, que servem como referência profissional. Assim, por exemplo, o novato precisa aprender como suspeitar, obter informações onde localizar os criminosos e como agir para prendê-los ou abordá-los, nas situações de rotina. No universo policial, o conhecimento do perigo é muito significativo, pois, dele, decorre a suspeita, vale dizer, “o desenvolvimento de

um mapa cognitivo do mundo social, para proteger-se contra os sinais de problema, crime ou ameaça potencial". (SKOLNICK; BAYLEY, 2006, p. 72)

No patrulhamento (*Streife*) existem "estratégias de suspeita" que são tomadas com base em circunstâncias absolutamente casuais e desprezíveis, sob o ponto de vista de estranhos ao círculo policial. As roupas, a aparência externa ordenada ou não e, sobretudo, o comportamento submisso (conduta devota) ou de confronto (arrogância) com os próprios agentes policiais, são determinantes da intensidade da atuação. (EISENBERG, 2005, p. 275)

No campo de atuação da polícia federal, o levantamento e a investigação de pessoas suspeitas são rotinas muito mais complicadas. Como essa polícia investiga os "crimes federais", se insere na sua atribuição institucional a descoberta de criminosos engravatados, de gente poderosa e endinheirada, com recursos para se defender, ou pessoas que agem com grande expertise etc., e, então, a estratégia de descoberta é mais sutil.

Essa mudança de perspectiva investigatória produz à necessidade institucional de serviços operacionais preventivos (por exemplo, a infiltração de agentes, a escuta ambiental, interceptações etc.), a acumulação e o cruzamento de dados (bancários, fiscais, tributários etc.), a observação e acompanhamento de suspeitos e de invasões à vida íntima das pessoas (interceptação telefônica e telemática etc.).

No campo informático, por exemplo, se demanda conhecimento técnico para o "patrulhamento *net*". Essa ampliação das funções policiais tem provado o temor de importantes segmentos jurídicos (professores e juristas-advogados principalmente), mas também de criminólogos (GARLAND, 2008) de que sejam ampliadas as violações às esferas dos direitos individuais, o que, no entanto, não é suficiente para deter a avassaladora mudança de paradigma.

A luta preventiva contra a criminalidade (*vorbeugende Bekämpfung*) é um fenômeno institucional mais recente e que acompanha a mudança de curso da criminalidade (crime organizado, tráfico internacional de armas e drogas, corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação de impostos, terrorismo internacional etc.), exigindo, da parte dos órgãos da repressão, certa "flexibilização" do campo de intervenção penal (espaço operativo) para limites temporais pré-delitivos, sob a justificação da "paridade de armas" em favor dos órgãos da persecução, fenômeno esse que se iniciou a partir da metade dos anos oitenta do século XX. (EISENBERG, 2005, p. 276)

Para além da prevenção e repressão das infrações penais, a luta preventiva contra o delito significa uma reformatação da instituição e atribui à polícia uma terceira função, além da prevenção e repressão, cujo objetivo é a descoberta de perigos (*Aufdeckung von Gefahren*). A função policial é deslocada para estágios prévios à prática de crimes, estando centrada, em primeiro lugar, no aprovisionamento de informações que poderão ou não ser utilizadas no futuro: "*Die Polizeiaufgabe der Kriminalprävention setzt im Vorfeld der einzelnen, konkreten Straftat ein*" (GÖTZ, 2013, p. 187, grifos originais), vale dizer, a tarefa policial de prevenção da criminalidade se põe em marcha na fase prévia ao delito.

Essas intervenções são realizadas clandestinamente e se constituem numa radical mudança da rotina policial, pois o interessado (investigado ou acusado), ou terceiros, não toma conhecimento prévio da ação policial e, com isso, a esfera íntima de pessoas não suspeitas encontra-se igualmente exposta.

Objeta-se que a atuação oculta da polícia impede o controle público e também gera o perigo do cometimento de crimes pelos agentes policiais, ou seja, favorece uma espécie de “mercado de ilegalidades” e, por fim, que dificulta a defesa criminal, aumentando os poderes policiais e a coação. (EISENBERG, 2005, p. 277)

Como se sabe, existe, nesse segmento, de fundo político-criminal, uma disputa ideológica muito viva entre a “esquerda libertária”, que demoniza o controle e vitimiza o criminoso, e o movimento da “lei e da ordem” (potencialização da pena de prisão, aumento da repressão, ampliação dos poderes investigatórios da polícia, flexibilização da prisão processual, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal etc.).

No centro desse debate pós-moderno há uma transformação sutil do controle do crime e das funções da polícia, projetando uma nova era do panoptismo penal (WACQUANT, 2003, p. 242), materializado em uma gama de novos procedimentos que se aproveitam dos avanços da biologia e da informática, como são os casos dos bancos de dados genéticos para fins criminais (Lei n. 12.654/2012) do monitoramento eletrônico e da interceptação telefônica.

As forças que pretendem frear a expansão vertiginosa dos bancos de dados genéticos em matéria policial e penal – como também, aliás, no domínio do seguro, do emprego e dos litígios civis, e na determinação de paternidade – travam um combate de retaguarda que parece perdido por antecipação, tamanho é o fascínio por essa nova técnica de identificação e de vigilância. Ela parece aliar, na verdade, rigor legal, neutralidade moral, economia financeira e infalibilidade científica. (WACQUANT, 2003, p. 243)

Essas tormentosas questões político-criminais vão replicar no judiciário. Por exemplo, surge a questão de se saber se a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/1996) pode ser estendida para além dos 30 dias previstos na legislação.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC 134372-DF) decidiu que não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão, fundamentando a dilatação do período. O Supremo Tribunal Federal possui o mesmo entendimento: “as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas por mais de uma vez, desde que comprovada sua necessidade mediante decisão motivada do juízo competente”. (HC 104.934-MT)

Referidas decisões aplicam o princípio implícito da razoabilidade para dar aos órgãos de repressão maior elastério investigativo do que a lei prevê, surgindo como um dos raros casos de encontro de interesses entre a lei, o judiciário e a polícia, o que,

aliás, já está em descompasso com o avanço da criminalidade clandestina e sofisticada, tornando o prazo de 15 dias previsto em lei, embora prorrogável, absurdamente curto, já que qualquer investigação séria demanda prazo muito superior à atrofia da Lei n. 9.296/1996.

Os recursos de investigação criminal que no passado limitavam-se ao auto de corpo de delito, à confissão e à prova testemunhal ou, por vezes, ao reconhecimento de pessoas e coisas, vão sendo expandidos para formas mais sofisticadas e mais eficazes, sob o ponto de vista do sucesso da investigação.

A observação de pessoas é uma técnica silenciosa que pode ser acompanhada da realização de gravação ou de imagens em áudio e vídeo. É uma atividade que tem por objetivo preparar a intervenção sobre pessoas suspeitas e pode envolver, inclusive, a deliberada omissão dos agentes policiais, no sentido de “deixar passar” alguns crimes menores, para alcançar fatos muito mais graves.

A venda de drogas, por exemplo, para pequenos consumidores, pode ser desprezada numa investigação sobre tráfico, se a polícia quer alcançar e prender os membros de uma associação para o tráfico ou o dono da “boca de fumo”. A atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) permite essa estratégia de não atuação policial sobre os portadores de drogas, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição. (art. 53, II)

No entanto, submete essa omissão de intervenção à necessidade de autorização judicial (art. 53, *caput*), praticamente inutilizando a possibilidade fática da medida. Trata-se de uma questão relativa ao momento da intervenção policial, à qual está distante o judiciário, tornando inútil a previsão, pois a escolha da ocasião para agir é uma deliberação imprevisível da polícia, inclusive, a opção pela não atuação em situações desconhecidas, ainda, não pode ser regulamentada pela ação de um juiz no gabinete.

A escuta em ambientes privados (*Lauschangriff*) é uma situação bem problemática sob o ponto de vista do direito. Ela implica a colocação de aparelhos de captação acústica (*Wanzen*) em recintos ou meios de locomoção privados (interior de veículo, por exemplo), a fim de se conhecer o teor de conversações ou movimento de pessoas investigadas.

Como a Constituição Federal prevê a inviolabilidade da vida privada e do domicílio (art. 5º, X e XI), a intervenção policial na esfera particular depende de autorização judicial, estando regulada na Lei n. 12.850/2013, que dispõe sobre a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Assim, por exemplo, a polícia pode inserir no interior de um veículo, no quarto de hóspedes, no interior de uma cela para presos ou no quarto de hospital o aparelho de captação acústica. (BEULKE, 2006, p. 158-159)

O agente infiltrado (*Verdeckte Ermittler*) é outra técnica investigativa que merece abordagem. Esse “meio operacional” está previsto, igualmente, no Brasil, em duas Leis Federais (12.850/2013 e 11.343/2006).

A infiltração de agentes policiais é um meio de atuação muito perigoso, em duas perspectivas: para o agente, que se expõe ao risco de ser descoberto e de sofrer graves represálias e, por isso, a infiltração depende da sua concordância, e para o Estado, pois o policial pode ser “tentado” a se tornar, ele próprio, acólito dos criminosos que deveria investigar.

Sob o ponto de vista psicológico, o candidato a agente infiltrado está sujeito a um conflito pessoal causado pela “troca de papéis” (*Rollenwechsel*) após a infiltração. Ele deverá aprender valores não convencionais, estranhos à corporação onde foi treinado e passará a ter uma incondicional liberdade para agir, que deve ser interpretada como a “negação de si mesmo” (EISENBERG, 2005, p. 281). Basta pensar que o agente infiltrado pode ser obrigado pelas circunstâncias a usar drogas.

Esse meio operacional à disposição das polícias, entretanto, no Brasil, não possui qualquer tradição, ao contrário dos informantes da polícia, cuja importância para o funcionamento da repressão foi sem precedentes no regime militar entre 1964 e 1985.

Qualquer polícia tem seus “informantes de confiança”. Essas pessoas estão próximas do meio policial e, às vezes, são os próprios policiais aposentados justamente aqueles que continuam a servir à polícia, com o despiste do sigilo. Outras vezes, são pessoas que estão ligadas ideologicamente aos círculos da repressão e passam a interagir com o meio policial, repassando informações fidedignas. Os “X-9”, como são conhecidos na gíria policial, não podem ser desprezados em qualquer estudo sociológico sobre a atuação policial. Não é sem razão que referidas pessoas são consideradas “colaboradores da polícia”. (EISENBERG, 2005, p. 281)

No estado federal alemão de Hessen, entre 01.07.1985 e 31.12.1985, foi levada a efeito, através de questionário entregue a pessoas previamente conhecidas do *Landeskriminalamt* (LKA) – repartição de polícia criminal do Estado – como informantes de polícia, uma pesquisa por amostragem, que levou à conclusão estatística de que 71% dos entrevistados eram pessoas já sentenciadas pela justiça criminal, 13% das quais possuíam mais de três condenações. (EISENBERG, 2005, p. 282)

No caso brasileiro se constata que a maior fonte de informação da polícia são os próprios marginais que delatam os comparsas, por livre vontade ou para tirar vantagens pessoais (MACHADO; NORONHA, 2002, p. 205), ou pessoas dentro da comunidade afetada que se dispõem a colaborar, porque “simpatizam” com a polícia (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 40) ou que se sentem indignadas com o assaques de criminosos.

A aproximação da polícia com seus informantes tem um objetivo claro de potencialização da eficácia do trabalho, pois, se as informações são precisas, o sucesso da atuação policial é quase certo. Portanto, é de todo procedente a constatação de que boa parte do trabalho dos agentes policiais consiste em construir uma rede de informantes que se torna estratégica para o andamento das investigações realizadas. (RATTON; TORRES; BASTOS, 2011, p. 39)

Os espões da polícia significam a aceitação nos meios policiais da delação como forma de descoberta de crimes e a estimação dessa intervenção externa como positiva pela polícia, que divulga nos meios de comunicação as “descobertas” como próprias, dando visibilidade pública ao seu suposto trabalho de “inteligência”.

Nos grandes centros urbanos e, favorecido pelo avanço tecnológico, está em consolidação um processo irreversível de observação e controle por câmeras de vídeo (*Videoüberwachung*). É o que acontece, atualmente, com os crimes de trânsito, assaltos, agressões, tumultos entre torcidas etc. A vigilância eletrônica é determinante para a identificação dos responsáveis e de grande valia para o sucesso das investigações. Esses maquinismos e a sua difusa utilização em prol da segurança coletiva e da prevenção de delitos são a “resposta política ao medo da criminalidade, em favor do aumento do sentimento de segurança coletiva”. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 47)

Entretanto, essa “técnica panóptica” moderna aumentaria, em verdade, a própria sensação de insegurança, pois é curial que a escolha dos locais que serão observados seja feita segundo algum critério que leve em conta o alto percentual de criminalidade, ou seja, a simples colocação da câmera significa, numa observação sensata, que o local não é seguro. De outro lado, significa a possibilidade de transferência da criminalidade que se pretendia combater para outras regiões não vigiadas por câmeras de segurança.

A conclusão mais sensata, portanto, é que apenas na vigilância relativa aos crimes de rua é, de fato, melhor controlada pelos sistemas de vídeo. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 48)

A vigilância integral representada pelas câmeras de vídeo não se limita a controlar a criminalidade, mas possui um efeito não desejado de controle geral do comportamento, o que, agregado à utilização de novas tecnologias, principalmente a microeletrônica, possui profundas repercussões no campo policial, mas, principalmente, no debate sociológico sobre vigilância e modernidade: “*Surveillance is a central feature of modernity*”. (LYON, 1994, p. 37)

O avanço tecnológico, conforme se objeta, sensatamente, tem o efeito peculiar de recair sobre todos e, nesse sentido, é justa a preocupação de que apesar da expansão da técnica de prevenção de crimes, existe uma marcha para o Estado de controle, que transforma os cidadãos em “homens de vidro”. (KREY, 2006, p. 236)

A questão que se antepõe à sociologia criminal e à criminologia é a construção de limites à expansão vertiginosa da tecnologia aplicada ao controle do crime, sendo constatável que a obstrução desse avanço parece fora de questão, dado que os efeitos positivos da tecnologia do controle (infallibilidade científica e certeza das respostas) parecem alijar do debate os eventuais efeitos deletérios (controle generalizado e perda da liberdade), que são, convenhamos, ínfimos diante dos logros.

A prisão é uma típica atividade policial e representa uma atuação de grande significação para os agentes policiais, pois é a expressão máxima da coação, do poder e da submissão.

A polícia considera a prisão o momento culminante de sua intervenção contra o crime, já que ela se oferece como um “meio simples e direto de restaurar a ordem”. (WACQUANT, 2003, p. 264)

O flagrante delito significa, igualmente, a descoberta imediata do criminoso e provoca uma sensação de alívio e recompensa que se transfere da polícia para a população, que percebe a “contra-ação” do Estado e, com isso, aplaca o sentimento de vingança.

A prisão em flagrante depende de como a polícia interpreta o fato e de outros determinantes relativos à pessoa sobre quem recai a suspeita do crime.

É óbvia a presença de um processo de interação entre os agentes da instância de controle e o sujeito detido, pois, segundo a previsão jurídica, existe situação de flagrância quando a pessoa é encontrada ou perseguida, logo depois do crime, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração. Portanto, os espaços de estimação (*Spielräume*) são muito amplos. (MEIER, 2010, p. 242)

Quando o flagrante ocorre, a polícia considera que o seu trabalho será encurtado e, então, procura agir com grande exatidão contra as pessoas flagradas cometendo crimes, dada à junção entre os processos de criminação e incriminação que levam ao processamento institucional do caso.

Para que haja *criminação*, não basta que se considere apenas a dimensão cognitiva que interpreta o evento como crime, é preciso agregar o interesse em levar adiante o reconhecimento cognitivo ao conhecimento de uma agência de proteção (no caso, o Estado), de modo a convencê-la não apenas quanto ao aspecto cognitivo, mas também quanto à validade e à racionalidade em iniciar o processo de *incriminação*. Quando há uma situação que facilite essa demonstração, como nos chamados “flagrantes delitos”, em que há evidência por testemunhos e provas, o processamento é praticamente imediato, de um ponto de vista institucional. (MISSE, 2011a, p. 17)

A prisão é um fator determinante do sucesso da investigação, pois a perspectiva de cabal elucidação do crime é muito maior quando o suspeito é logo preso.

Ao contrário das crendices inculcadas pelos filmes policiais, o sucesso de qualquer investigação está condicionado, na grande maioria das vezes, não pela visibilidade e arrecadação dos vestígios que conduzem ao suspeito do crime, mas pelos subsídios fornecidos por populares, especialmente a vítima e testemunhas, que forneçam elementos para a identificação do suspeito. Se a polícia não tem uma pista quente (*heiße Spur*) sobre o autor, as chances do sucesso da investigação baixam para cerca de 10%. (SCHNEIDER, 2007, p. 940)

A detenção imediata da pessoa antecipa a repressão e se insere numa das grandes questões da política criminal, “uma vez que a antecipação da repressão não é finalidade imediata da segurança pública”. (ALBRECHT, 2010, p. 180)

A questão da prisão antes do julgamento é o problema jurídico-criminal e sociológico de maior importância em toda forma de prisão processual, chamada pelos teóricos do processo penal de “cautelar”, não obstante seja palmar que a detenção no curso do inquérito ou do processo não previna crimes, mas, antes, sirva à antecipação da punição. Não é de se estranhar que o sistema policial gire em torno da punição e da contenção dos suspeitos e, então, a “prisão cautelar” se insere nessa ótica.

A investigação sociológica sobre a atividade policial aponta para a existência de uma prática discrepante da sua planejada função normativo-institucional (apuração das infrações penais). Na realidade, a polícia, na luta contra a criminalidade, substitui a presunção de inocência pela presunção de culpa.

O aumento dos poderes da polícia ou a sua diminuição é um debate de cunho ideológico que vive em ciclos permanentes. A primeira hipótese – aumento dos poderes – tem implicações político-criminais que podem ser assim sintetizadas: a) a atuação oculta da polícia (interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, infiltração de agentes, captação ambiental etc.) implica a substituição do princípio de transparência pelo princípio do sigilo e permite a intervenção no campo pré-delitivo (*Vorfeldermittlungen*), provocando a extensão da função policial até a repressão antecipada; b) como se trata de obter provas irrepetíveis, embora colhidas ocultamente, elas são aproveitáveis no processo penal, ou seja, a polícia realiza uma investigação definitiva sob o ponto de vista do material que será apreciado pelo juiz; não havendo a possibilidade de repetição das nominadas provas, a decisão que as considere relevantes implica apenas uma troca de bitola (*Spurwechsel*), na qual a prova contraditória, que não existe, é apenas substituída pela prova policial; c) o direito de defesa do acusado fica extremamente prejudicado, uma vez que, se não houver ilicitude explícita na obtenção da prova, a condenação é irrefragável; d) é patente a perda do poder de controle da justiça sobre a atividade policial e sobre os métodos de investigação e atuação contra o crime. (ALBRECHT, 2010, p. 182-183)

4. A ação persecutória do Ministério Público

No campo criminal o Ministério Público realiza a prossecução do trabalho policial. Então, o interesse processual da acusação é a condenação dos culpados.

Não é sem razão que o Ministério Público é a instituição de maior visibilidade dentro da justiça criminal, pois é responsável pela movimentação da jurisdição e por limitar a atividade dos juízes dentro do contexto da imputação penal.

Todo processo criminal público se inicia por uma denúncia do Ministério Público, o que significa a aplicação do princípio acusatório no processo penal. A função de acusar é privativa do Ministério Público (Constituição Federal, art. 129, I), embora

se admita uma teórica participação do ofendido, se houver inércia institucional. (Constituição Federal, art. 5º, LIX)

A decisão pelo oferecimento da acusação não pode ser um ato arbitrário ou uma criação mental da acusação, mas deve estar fundada nos elementos de prova obtidos na investigação preliminar ou em documentos que forneçam ao judiciário a plausibilidade da imputação.

A deliberação positiva sobre a denúncia do Ministério Público é tomada segundo o “critério da antecipação” (EISENBERG, 2005, p. 299), ou seja, segundo entenda a acusação que a denúncia será acolhida ao final do processo.

A plausibilidade da imputação recebe a denominação dogmática de justa causa para a ação penal, sendo uma categoria processual cuja função é a de contenção persecutória. Como, entretanto, se trata de um conceito jurídico indeterminado, essa limitação garantista é a primeira causa da grande seletividade existente no processo penal.

A melhor aproximação do conceito é aquela que liga a justa causa aos elementos probatórios mínimos que servem de base para a acusação, mas a posição sistemática da justa causa provoca muita confusão na sua aplicação concreta, uma vez que ela pode ser considerada como uma condição para a ação penal ou o seu próprio mérito, uma vez que envolve questão estritamente probatória e, desse modo, não é desarrazoado dizer que a decisão que reconhecer não haver justa causa para a ação penal é uma antecipação do mérito da ação penal, vale dizer, uma antecipação decisão final.

Os tribunais refletem um atordoamento sobre o trato do problema e realizam a aplicação desse conceito garantista da forma mais descontraída, justamente, porque ele está ligado ao livre convencimento judicial em matéria de avaliação das provas no processo penal.

No Superior Tribunal de Justiça, a justa causa, quando veiculada no âmbito da impetração de *habeas corpus*, ora é entendida como um requisito negativo para a ação penal, qual seja, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e materialidade do delito, ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade (HC 166.816/DF), ora como a atipicidade da conduta. (HC 116.461/PE)

No Supremo Tribunal Federal, a justa causa é entendida como um requisito positivo, consistente na descrição da conduta que configura crime em tese. (HC 108.654/RJ)

Quando o Ministério Público consegue demonstrar a justa causa para ação penal, a acusação é formalmente recebida e o processo tem o seu início formalizado. Para acusar melhor, o Ministério Público possui poderes investigatórios diretos, o que é permitido pela hermenêutica do art. 129, VI e VIII da Constituição Federal, no âmbito da teoria jurídica dos poderes implícitos.

No âmbito institucional é grande o empenho do Ministério Público pela defesa dessa prerrogativa, uma vez que ela representa a consolidação da independência institucional em relação às investigações policiais. Após o “clamor das ruas” e de

intensos protestos que varreram o país, em meados de 2013, a Câmara dos Deputados, embora sinalizasse em sentido francamente contrário, terminou, em 24.06.2013, por rejeitar fragorosamente a PEC 37, que ficou conhecida como “PEC da Impunidade”, que visava impedir a investigação direta pelo Ministério Público e atribuí-la, exclusivamente, às polícias civil e federal.

Após a obtenção dessa vitória na arena política, os diversos Ministérios Públicos, da União e dos Estados, implementaram a investigação direta através de previsões administrativas, com a criação do Procedimento de Investigação Criminal (PIC), onde são recolhidas as provas do crime, a fim de subsidiar a acusação pública. Trata-se, hoje, de procedimento sedimentado no âmbito do Ministério Público (Resolução 181/2017 CNMP) e respaldado pelo STF (HC 89.837/DF).

Sob o ponto de vista sociológico, o Ministério Público, quando investiga diretamente, procura dar uma resposta institucional ao crime e, em outro sentido, refrear a absurda seletividade policial e a desigualdade envolvida na atuação concreta dessa instituição, que, ao lado das elites do poder e da advocacia, são os principais adversários da investigação direta pelo Ministério Público.

Possui grandes implicações jurídico-sociais o desprendimento institucional da polícia, uma vez que, na sua atividade prática, o Ministério Público a tem como seu “senhor”. A investigação direta afeta essa relação de subordinação e pretende redesenhar os papéis institucionais, a partir da mais correta colocação da polícia como instituição auxiliar e sujeita ao controle externo do Ministério Público.

No campo da jurisdição penal, o Ministério Público foi pensado ideologicamente como instituição que possibilitasse a imparcialidade da jurisdição, retirando desta toda iniciativa persecutória, para colocar a magistratura em posição de “indiferença”, alguns garantistas extremados falam em “ignorância”, em relação à solução do caso penal, o que, fatalmente, não existiria se a jurisdição pudesse se movimentar sem a provocação de um interessado.

A atuação processual do Ministério Público se inicia com a escolha dos casos que serão apreciados pela justiça criminal. Embora sob o ponto de vista normativo esteja a acusação vinculada à obrigatoriedade de ação, a movimentação da instituição é fortemente influenciada pelos fatores “dano” e “antecedentes” do acusado (ALBRECHT, 2010, p. 223). No Brasil, ainda estão faltantes estudos metodológicos sobre os critérios de eleição dos casos pelo Ministério Público.

No entanto, pode ser afirmado que a atuação do Ministério Público não é impulsionada por questões afetas à prevenção geral ou à ressocialização do acusado, mas a necessidades repressivas. A atuação processual do Ministério Público é punitiva. É bizarra a contemplação do Ministério Público como “órgão de defesa”, posto que isso levaria a um processo no qual tanto juiz, o promotor e a defesa atuariam para defender o réu, sendo inexplicável como, nessa situação, ainda pudesse ocorrer uma sentença condenatória.

A perfeita descrição dos fatos é o primeiro cuidado da acusação pública, o que, sob o ponto de vista da técnica processual, se denomina imputação penal. Se essa imputação é falha, se não individualiza as condutas, o processo é anulado, pois os tribunais consideram que existe uma lesão à ampla defesa se o réu não pode compreender os fatos contra os quais ele deve se defender. Como, entretanto, a função de acusar é uma tarefa primária do Ministério Público, são raríssimos, nos repertórios de jurisprudência, os casos de anulação do processo por falta de precisão da denúncia.

As investigações sociológicas sobre a relação entre o trabalho policial e o arquivamento da investigação demonstram que, quando a polícia não consegue apontar o suspeito ou solucionar o caso (*Unbekanntsachen*), o Ministério Público quase nunca consegue, por investigação direta, esclarecê-los (EISENBERG, 2005, p. 299). Esse é, inclusive, um cenário que a investigação direta do Ministério Público tende a suplantar.

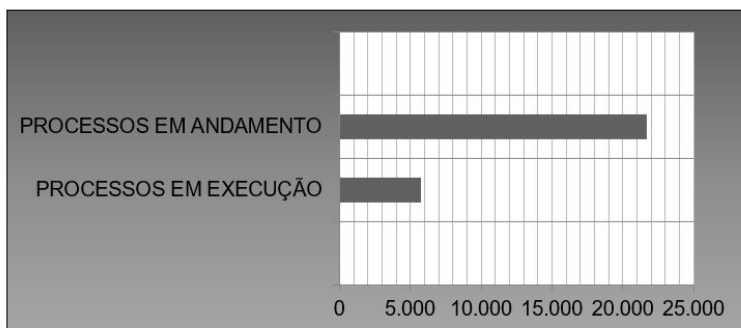
Se a acusação for recebida e as objeções do acusado rejeitadas, inicia-se a instrução probatória, na qual o Ministério Público deve possuir uma nova estratégia de atuação.

Essa fase é muito importante para a preparação da decisão. O juiz do caso deve ser convencido das hipóteses antagônicas e, então, a acusação e a defesa são levadas a se empenhar para a prova dos fatos que levarão à absolvição ou à condenação.

Os difusos filtros processuais a favor do acusado permitem afirmar que a possibilidade de condenação é excepcional. Todo o processo está estruturalmente “montado” para a exclusão do réu do sistema de justiça criminal. A começar pela presunção de inocência, que deve ser vencida, para além da dúvida razoável. Em situação inversa, a absolvição é irrefragável.

Na comarca de Juiz de Fora/MG, pesquisa de campo realizada pelo autor nas Varas Criminais e Tribunal do Júri, em agosto/2014, encontrou 21.727 processos em andamento; em contrapartida, na Vara de Execuções Penais, foram levantadas 5.777 pastas de execução penal para sentenciados em qualquer regime prisional (fechado, semiaberto e aberto, com ou sem prisão domiciliar) e penas alternativas, indicando que apenas 26,5% dos processos chegaram à fase de execução, vale dizer, encontrou-se uma perda de 73,5% dos processos instaurados que não resultaram em condenação. (VIDAL, 2017, p. 156-157)

Gráfico 01: Fluxo processual nas Varas Criminais de Juiz de Fora/MG



Fonte: mapa estatístico mensal Tribunal de Justiça de Minas Gerais (agosto\2014).

Uma conclusão imediata desse levantamento, afora as questões estruturais que afetam a ação concreta do Ministério Público, é que a instituição é esmerada na abertura de ações penais, sendo excepcional demandista; no entanto, existe uma deficiência no acompanhamento dos processos e na obtenção de resultados finalísticos, já que é um contrassenso pensar-se que o acusador público abra uma ação penal para resultar na absolvição do réu.

A acusação, na prática, deve provar tudo que envolva a imputação e, então, a intensidade da atuação do Ministério Público é um fator de grande influência na decisão final.

A inércia do acusado, por outro lado, é uma das estratégias defensivas que o coloca em situação extremamente favorável durante o processo penal, podendo o acusado, ao ser interrogado, responder apenas as perguntas de seu advogado, vale dizer, responder apenas ao que for ensaiado com a defesa – situação só pensável num país como o Brasil –, então, o Ministério Público deve impulsionar as provas e dar ao juiz muitas razões para acolher a acusação.

Nesse ponto, há uma visível discrepância de atuação entre o Ministério Público e a Magistratura, uma vez que esta é obrigada a aplicar os princípios garantistas do processo penal que são verdadeiros “obstáculos” à pretensão acusatória e punitiva do Ministério Público. Num certo sentido, a lei põe o juiz ao lado do criminoso. Aliás, não causa estranheza a percepção popular que “a polícia prende e o judiciário solta”, o que corresponde à crua realidade do dia a dia.

Como a atuação dos membros do Ministério Público deve estar pautada pelos critérios da verdade e da justiça, existe um dever de objetividade na coleta das

provas: as circunstâncias desfavoráveis e, também, as favoráveis ao acusado devem ser averiguadas. (EISENBERG, 2005, p. 292)

Não se conhece qualquer estudo metodológico, no Brasil, sobre essa suposta objetividade. No entanto, ela leva a acusação a um terrível paradoxo, qual seja, demonstrar que a hipótese acusatória também pode estar errada, caso de verdadeira apoteose para os garantistas.

Conclui-se, desse modo, que a questão central da intervenção do Ministério Público no processo penal está ligada à imparcialidade da jurisdição e ao princípio de igualdade, uma vez que a instituição, teoricamente, pelas garantias que desfrutam seus membros, estaria em condições de realizar a responsabilização penal de todos os criminosos, com igual intensidade.

Não obstante, se constata que o Ministério Público não consegue realizar esse planejamento normativo, quer por questões estruturais ou pela seletividade sistemática da justiça penal.

5. A atuação garantista da justiça penal

Nos sistemas de *civil law*, a magistratura é uma burocracia especial do Estado, preenchida por concurso público para o recrutamento dos seus quadros e na qual existe uma socialização *interna corporis* dos magistrados. (VIANNA *et alli.*, 1997, p. 37)

O poder judiciário está construído de forma piramidal, no seu ápice o Supremo Tribunal Federal, com a missão precípua de exercer a “guarda da Constituição”. (Constituição Federal, art. 102)

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 ministros, detentores de notável saber jurídico e reputação ilibada. A escolha política dos ministros, entretanto, reduz os requisitos dos candidatos à idade mínima de trinta e cinco anos e máxima de sessenta e cinco anos de idade (Constituição Federal, art. 101), pois, na indicação presidencial para as vagas, existe um “silêncio obsequioso” na tradição do Senado de referendar burocraticamente o nome apontado por vontade presidencial (VIANNA *et alli.*, 1997, p. 45). Aliás, não há notícia de qualquer rejeição pelo Senado dos nomes indicados pelo Presidente da República para os cargos.

Abaixo desta corte está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), composto, no mínimo, de 33 ministros (Constituição Federal, art. 104), detendo, precipuamente, a missão de interpretação da lei federal (Constituição Federal, art. 105, III). Também são órgãos do poder judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (Constituição Federal, art. 92, I-A, III, IV, V, VI e VII)

O ingresso na magistratura de primeira instância é feito por concurso público. Esse recrutamento, no Brasil, vem abrindo a carreira a profissionais com menos de 30 anos, com pouquíssimo tempo de experiência nas profissões legais anteriormente ao

ingresso na carreira, representando uma “tendência à juvenilização” da magistratura (VIANNA *et alli*, 1997, p. 64), o que é o resultado de dois fatores: as transformações produzidas no sistema universitário e do cálculo das possibilidades de êxito fora da magistratura, ou seja, as estratégias alternativas ao mercado de trabalho.

O alargamento das oportunidades acadêmicas (criação de escolas privadas, cursos noturnos, política de quotas etc.) produziu notável ampliação do contingente de juízes jovens. Nos setores acadêmicos oriundos da classe média, principalmente da parte baixa dessa camada, a advocacia representa uma aventura longa, penosa e incerta e, assim, a magistratura constitui-se em um mercado ocupacional para as camadas médias e para os jovens de origem subalterna que tiveram acesso ao sistema universitário. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 65)

Feito o ingresso na magistratura, o noviço é submetido à socialização interna, ou seja, o jovem magistrado deve assimilar a cultura do meio. A porta de entrada para o processo de assimilação institucional é a escola de magistratura, de frequência obrigatória, justamente, tendo em vista o fenômeno intenso de incorporação de jovens com baixa ou nenhuma experiência prévia à magistratura.

Sucessivamente, o magistrado deve absorver a cultura jurídica dos tribunais aos quais estão vinculados e que são capazes de exercer o controle sobre a reprodução da corporação. (VIANNA *et alli*, 1997, p. 61)

O magistrado, então, aprende a reproduzir o pensamento jurídico dos tribunais, num contexto de reiteração que pode ser equiparado a um “treino meramente técnico”, que, nas ciências sociais, é guiado pela “solução de pequenos quebra-cabeças”. (POPPER, 2004, p. 43)

Mais tarde, para entrar em lista e obter votação para o acesso aos tribunais, o juiz também deverá estar “alinhado” ao pensamento jurídico dos desembargadores mais velhos e às antigas práticas destes corpos da hierarquia superior da magistratura.

A construção da identidade do magistrado, então, começa pela obediência e pela repetição. De fato, no que se refere às questões de direito, o magistrado é um personagem sem importância, pois as suas decisões são uma repetição do que é decidido de cima para baixo. O campo de liberdade e de inovação ocorre em pequenas aberturas deixadas para os casos inéditos, que devem começar pelas instâncias mais baixas do poder judiciário.

Nesses casos, o magistrado “propõe” uma determinada solução que está sujeita à reavaliação dos tribunais, dentro dos quais os critérios de decisão, inclusive, poderão ser totalmente antagônicos ao decidido em primeira instância ou, mesmo, nas instâncias sucessivas, à medida que o caso vai sendo elevado aos tribunais mais graduados.

Esse foi o caso da inelegibilidade reflexa nas relações homoafetivas, decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral em 2004, tendo o tribunal concluído que as pessoas do mesmo sexo que mantivessem relação afetiva estável se encontravam

submetidas à hipótese constitucional de inelegibilidade reflexa. (Recurso Especial Eleitoral/PA n. 24.564)

Do mesmo modo, foi o caso criminal decidido pelo Supremo Tribunal Federal (Inquérito n. 726), julgado em 1993, em que se discutia a legitimidade para a ação penal nos crimes contra a honra de servidor público e no qual a corte passou a admitir a legitimação alternativa do ofendido, sem que a sua pretensão de punição do ofensor tivesse que passar pelo juízo do Ministério Público. A interpretação sobre a questão, com reflexo na inviolabilidade da honra, foi objeto de sucessivas decisões, sendo, posteriormente, objeto da Súmula n. 714 do Supremo Tribunal Federal.

A questão que se segue é saber se o adestramento do magistrado e a contenção da sua liberdade de decisão *interna corporis* estão em situação de compatibilidade com os imensos problemas jurídico-sociais, socioeconômicos e com a mudança de papel do poder judiciário no cenário em que se apresenta o Estado contemporâneo.

O judiciário, assim, vem sendo chamado a assumir um papel protagonista na formação dos direitos, na luta contra a rigidez dos Códigos, na realização da justiça distributiva e na efetivação dos valores da cidadania, abrindo senda para uma crise do Poder Judiciário, em cujo ápice se encontra o enigmático e ideológico STF, na sua atual composição.

Essa crise é, na verdade, resultado das exigências do cenário atual de mutação das instituições e valores sociais e redesenho do próprio papel do judiciário como poder do Estado.

No campo das promessas não cumpridas do *Welfare State*, “que se materializaria na intervenção ativa para modificação das chances de vida das pessoas” (ALBRECHT, 2010, p. 221), por exemplo, as previsões sobre o direito à saúde, educação, políticas públicas, direitos sociais etc., o judiciário vem impondo ao executivo, que deveria realizá-las, obrigações decorrentes de sentenças. A ingerência entre os poderes é fato fora de discussão.

A Constituição Federal, por exemplo, assegura o direito à saúde e, então, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado está obrigado ao fornecimento de medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde (Agravo de Instrumento n. 837.642, julgado em 07.02.2012). No entendimento da Suprema Corte, a interpretação de uma “norma programática” não pode transformá-la em “promessa inconsequente”, de forma que, para dar efetividade a preceitos fundamentais da Constituição (direito à vida e à saúde), o Poder Público deve fornecer às pessoas destituídas de recursos financeiros medicamentos contra o vírus HIV (RE 271.286, julgado em 12.09.2000). Desse modo, o judiciário ainda é chamado a impor ao Poder Público o cumprimento da obrigação legal.

Em relação ao direito à educação, o mesmo Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se sobre a legitimidade da intervenção judicial, quando o Poder Público, no caso o município, se omitia no atendimento à obrigação decorrente do

próprio texto constitucional (implementação de políticas públicas) e a neutralizar os efeitos perversos da omissão estatal.

No julgamento do Agravo Regimental n. 639.337/SP, julgado em 23.08.2011, decidiu a Suprema Corte que é legítima a determinação de atendimento, pelo município, de criança até cinco anos em creche pré-escolar próxima à residência ou do endereço de trabalho dos responsáveis pelo menor.

O caso da união homoafetiva, igualmente, foi levado a julgamento perante a mais alta corte de justiça, sendo o resultado natural da evolução social, dos valores a ela subjacentes e da liberdade individual.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 132/RJ), concluiu o STF que as referidas uniões devem ser reconhecidas como instituto jurídico, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro, que reconhece como “entidade familiar” a união estável entre “homem e mulher”.

Segundo a Corte Suprema, para o reconhecimento da família pouco importa a sua constituição formal ou informal ou se ela é integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A “questão gay” indica a projeção do Supremo Tribunal Federal na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.

Não somente isso, mas aponta para o avanço do judiciário em campos antes restritos ao legislador, pondo em questão a separação dos poderes.

No controle da constitucionalidade das leis se põe um problema central nas democracias contemporâneas e se renova o debate sobre o papel do poder judiciário dentro do Estado e do controle do poder legislativo.

Outro avanço do judiciário na questão da repartição de poderes se encontra nas chamadas decisões criativas, nas quais a mera declaração do direito aplicável e a posição de passividade da jurisdição são substituídas pela criação do direito e que se baseia nas premissas do “realismo jurídico”, acerca do caráter indeterminado do direito e da sua inaplicabilidade em termos mecanicistas. (ROSS, 1994, p. 66)

Nas decisões judiciais se faz presente a perene questão da certeza do direito. A “escola realista” é a que melhor explica a imprevisibilidade das decisões e a inexistência de um direito objetivo, dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume, pela lei por precedentes judiciais: o direito é criação contínua do juiz, no ato em que decide uma controvérsia.

A certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que deriva de uma espécie de aquiescência infantil diante do princípio de autoridade. (FRANK. *Law and Modern Mind*, 1930, *apud*, BOBBIO, 2010, p. 58)

Nesse caso, a conclusão a que chegaram os teóricos do *Critical Legal Studies* é que sentença do juiz refletiria suas preferências subjetivas. Por consequência, o juiz deverá atuar na construção do direito capaz de regular e direcionar em

sentido normativo a própria realidade, pautado na ideia de uma *living Constitution*. (CASALINI, 2006, p. 281)

Nas ações afirmativas (política de quotas, por exemplo) e dos direitos das minorias (homossexuais, por exemplo), é notável a mudança do pêndulo em direção à jurisdição constitucional.

A questão do aborto de anencéfalos (ADPF 54), julgada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.04.2012, reflete um caso em que o tribunal age como “legislador positivo”.

Embora o Código Penal brasileiro (art. 128, I e II) exclua a criminalidade do aborto apenas nas situações de estupro e risco para a vida da gestante, o plenário da Corte declarou inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é tipificada como crime. Ao interpretar o direito, o tribunal criou, como se fosse legislador, uma nova hipótese de descriminalização do aborto.

A referência pontual a alguns julgados, onde se faz nítida a criação judicial dos direitos, resulta, também, da independência do poder judiciário e do reconhecimento de que a função interpretativa não é estática, mas dinâmica, permitindo o avanço e o aperfeiçoamento do direito. (ALBRECHT, 2010, p. 263)

A ciência social, entretanto, embora reconheça a importância do prefigurado engajamento institucional, mostra que o poder judiciário está sendo confrontado com questões de fundo político-social, que não pode resolver de forma global e racional.

Assim, é um poder que não é capaz de resolver as profundas desigualdades econômicas e políticas, a corrupção institucionalizada, a cultura da sonegação, o enfraquecimento do sistema de segurança pública, a violência e a criminalidade política, o mal funcionamento dos serviços públicos, a perda de valores morais etc., quer dizer, o judiciário não é o *locus* institucional para todas as questões implicadas a agenda social.

Na área penal, o protagonismo do judiciário está estruturado normativamente no entorno das garantias penais. Elas são, aliás, uma coqueluche dos hermeneutas constitucionais e processuais, a ponto de o garantismo penal ter se tornado, no Brasil, a única matriz jurídico-filosófica do direito processual penal. A prática de um crime, por mais grave, sanguinolento, impiedoso, vil ou egoísta, ocasiona o nascimento de infinitas garantias legais.

Com toda razão o acicate lançado à infinita proteção de criminosos que, “na prática, garante mesmo apenas o crime e sua prosperidade, em um círculo vicioso de tal forma arraigado na cultura em geral que hoje causas e efeitos são quase indiscerníveis”. (GIARDIN DE SOUZA, 2018, p 198)

O juiz também deve proteger os direitos fundamentais e expungir da jurisdição toda réstia de violência institucional. A pauta de atuação dos juizes deve respeitar os princípios democráticos do processo penal (contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal etc.), o que faz da justiça criminal um ponto de grande interesse sociológico.

O Poder Judiciário se interpola entre a Polícia e o Ministério Público, sendo um freio institucional ao ímpeto persecutório que aquelas instâncias representam. É inevitável que o judiciário seja visto como um “poder-obstáculo” à punição dos réus culpados, uma vez que, na sua atuação sistemática, interessa à jurisdição mais as garantias dos acusados do que a punição dos culpados. Não há espaço, neste artigo, para discorrer sobre este estado de coisas, que inclui o país como o paraíso dos criminosos.

As garantias individuais dos acusados são o resultado de uma longa história de dor, sofrimento e, também, de muita ideologia libertária desgarrada da realidade.

Em tempos recentes, com razão, elas são apontadas como causa de uma grande impunidade e da completa ineficácia da justiça penal. A amplificação das garantias é um exercício sem fim, ensinado nas academias, reproduzido em livros e repercutido nas decisões dos tribunais.

Entretanto, a questão central das garantias processuais não é, propriamente, esta, mas a sua desigual distribuição. Por exemplo, o direito à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes (Constituição Federal, art. 5º, LV) implica a possibilidade de esgotamento da jurisdição até a última instância (Supremo Tribunal Federal), o que faz do país o paraíso dos recursos. No entanto, essa possibilidade é cara e não está ao alcance de todos.

A presunção de inocência – um princípio-âncora do garantismo – é um postulado cuja aplicação depende, em concreto, de um estado mental de isenção pura, que o juiz não é capaz de alcançar.

Todo o garantismo não é capaz de reduzir o nível de pré-juízo que envolve o julgamento de réus que praticaram crimes sexuais ou violências, por exemplo. Nesses casos, tornam-se decisivos dois critérios: a reincidência e a personalidade violenta do réu. A censurabilidade pela conduta de vida como que ressuscita do seu funeral penal e toma assento na sala de audiências.

Achados sociológicos indicam que a vista a partir da cadeira do juiz penal é altamente seletiva e envolta em pré-compreensões sobre as pessoas e os crimes que elas praticaram: *Auch ist der Blick vom Richterstuhl höchst seletiv.* (KUNZ, 2011, p. 89)

Na Alemanha, por exemplo, achados sociológicos apontam que se o caso envolve o julgamento de alguém acusado por crime econômico, a sua visibilidade, aos olhos do julgador, pode ser a de um homem sem virtudes, nele se fundindo um estreito nexos entre personalidade e o próprio delito:

Der angeklagte Wirtschaftskriminelle erscheint als ein “Mann ohne Eigenschaften”, bei dem die Annahme eines Zusammenhanges zwischen Persönlichkeit und Delikt fernliegt. (KUNZ, 2011, p. 89)

O acusado de crime econômico aparece perante a justiça como um homem sem caráter, em relação a quem a aceitação do nexos entre personalidade e delito é encontrado à distância.

A questão da política recursal, instituída pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG, julgado em 2009 (Informativo STF n. 534), se propunha a aprofundar ainda mais a questão das diferenças econômicas e sociais entre os acusados ricos e pobres no Brasil.

Segundo a Suprema Corte, mesmo após o julgamento do recurso de apelação do réu e, mantida a eventual condenação em segundo grau, o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou o Recurso Especial, para o Superior Tribunal de Justiça, impede a execução provisória da pena, salvo se já decretada a prisão cautelar do acusado.

Como, na sistemática jurídica da prisão cautelar, ela se aplica, na maioria dos casos, aos crimes violentos, ao tráfico de drogas, aos crimes contra o patrimônio ou às organizações criminosas, a prisão antes da sentença transitar em julgado sugeria, de acordo com o HC 84.078/MG, a exclusão das elites e dos crimes sem dor e sangue, nem visibilidade, que essas elites geralmente cometem.

O precedente representado por esse *leading case* punha em conflito a questão da efetividade das decisões, suprimindo aos estratos inferiores do judiciário uma parte do *ius imperii*, uma vez que, a partir desse julgado, seria o Supremo Tribunal Federal o único órgão do poder judiciário capaz de mandar à execução as decisões inferiores, se o acusado estiver solto e se houver recurso aos tribunais superiores.

Assim, por exemplo, se o caso é de furto na sede do Banco Central, a prisão preventiva dos réus para garantia da ordem pública é pacificamente aceita, para acautelar o meio social, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal. (HC 101.248/CE)

Mas, se o caso é de prisão cautelar para garantia da ordem econômica, “a magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva” (HC 99.210/MG), o que acaba por neutralizar toda censura sobre o dano social, fazendo valer o dito popular que o mundo é mesmo dos espertos, isso sob a “legítima” interpretação da Suprema Corte.

No caso em que o crime praticado era corrupção ativa, o Supremo Tribunal Federal (HC 95.009/SP) decidiu que a prisão preventiva representava antecipação da pena e isso era inconstitucional, por violar a presunção de não culpabilidade:

A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal.

A equiparação entre pobres e ricos, nesse caso, é uma hipótese contrafática, pois os pobres não podem ter bens no exterior e não possuem capacidade econômica. Não é sem razão que a igualdade, utilizada como *ratio decidendi*, pela Corte Suprema, é a igualdade formal, cuja manipulação concede às elites, que estão situadas na superestrutura social, a imunização contra a persecução penal.

Em 2016 o STF deu uma guinada no seu entendimento sobre a possibilidade de execução da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, passando a admitir a execução depois da decisão de segunda instância, uma vez que a análise das provas se esgotou, cabendo ao STF ou STJ apenas as discussões de direito. (HC 126.292/SP)

Pois bem, referida decisão remodelava a hierarquia dos recursos e impunha desejada coerência ao que se deve interpretar como presunção de inocência, limitando-a até o julgamento de segunda instância. Daí para frente, o réu declarado culpado, embora ainda pudesse recorrer ao STF ou STJ, deveria cumprir a decisão. Com isso, o STF havia reformulado a política recursal, contribuindo para a efetividade das decisões dos tribunais inferiores.

No entanto, bastou a prisão do ex-presidente Lula, no âmbito da Operação Lava-Jato, para que o Tribunal Pleno do STF moldasse novo paradigma sobre a presunção de inocência e a execução da pena após a decisão de segunda instância.

Como se sabe, o STF, em 07/11/2019, ao julgar as ADC (Ações Diretas de Constitucionalidade) 43, 44 e 45, reverteu seu próprio paradigma para assentar a constitucionalidade do artigo 283, do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/11, reduzindo a possibilidade de prisão ao flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Na prática, referida decisão reverteu a possibilidade de prisão após decisão de segunda instância, suprimindo a execução da sentença, até que sejam esgotados os recursos ao STF e STJ.

A estimação qualitativa, mesmo que poucas decisões analisadas, dentro da mais expressiva corte de justiça do país (STF) indica que este tribunal, situado no topo mesmo da pirâmide, não reflete a ideologia e o pensamento da justiça como um todo. Pelo contrário, os juízes e tribunais de estrato inferior agem com critérios repulsivos à “ideia de justiça” imperante no “andar superior” do poder.

O STF, sugestivamente, se mostra, na composição atual, como um órgão volúvel, cambiante, profundamente ideológico e contaminado pela política, sendo-lhe inteiramente cabível o labéu de contrapoder, tal o insulamento da realidade do país e do direito aplicado nos estratos subalternos.

Todas essas observações mostram que o Poder Judiciário está situado em posição de centralidade dentro do Estado. Mais do que isso, é um poder que é chamado a realizar a cidadania, embora a cidadania deva ser realizada em outras instâncias, mais especificamente, no campo da política e da prática social.

No campo penal, o Poder Judiciário desempenharia uma função garantista, mas, quando se trata das elites do poder (econômico, político, cultural, burocrático, industrial etc.), o judiciário é uma instância neutralizadora. O seu funcionamento cotidiano desacredita os ideais de justiça e de igualdade que supostamente deveria defender.

Por isso, viverá em permanente e profunda crise. Enquanto não for um poder que distribua justiça de forma igualitária, o judiciário será a instância da opressão dos pobres e da libertação das elites.

6. A vingança da execução penal

A execução penal é a última fase do processo criminal, que se inicia com a denúncia e termina com o cumprimento ou a extinção da pena. Julgar e punir são momentos indissolúvelmente implicados um no outro e correspondem à manifestação do fenômeno punitivo. A execução penal que aqui interessa é da pena privativa da liberdade.

Todo o sistema de execução dessa modalidade de pena corporal está fundamentado na diferenciação dos estabelecimentos e na classificação dos presos. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 221)

O objetivo de integração social do condenado é expressamente previsto na lei de execução penal (Lei n. 7.210/1984). A segurança coletiva (defesa social) também é um objetivo implícito da execução penal, por exemplo, a aplicação do regime disciplinar diferenciado, as sanções disciplinares, os estabelecimentos de segurança máxima, o prazo indeterminado de duração da medida de segurança, o monitoramento eletrônico de sentenciados, o exame criminológico para os condenados por crimes violentos etc.

Uma primeira questão a ser enfrentada em conjunto pela sociologia e também pela dogmática do direito é a interferência do tempo sobre os fins da pena. A execução da pena muito tempo após a prática do crime nulifica qualquer finalidade de prevenção geral ou especial, com as quais os penalistas procuram explicar os fins da pena.

Esse era um dos problemas a serem resolvidos no “caso da sentinela do muro” (*Mauerschützenfall*), no qual um jovem militar que, no ano de 1984, quando tinha 19 anos de idade, atirou e matou, com uma pistola automática, um fugitivo político desarmado que procurava atravessar o “Muro de Berlim”. O julgamento ocorreu mais de 20 anos após o fato, resultando na condenação do acusado à pena de 04 anos de prisão, por crime de homicídio.

Ficou comprovado, durante o julgamento, que, após o fato, o acusado não veio a cometer qualquer crime ou a demonstrar qualquer alteração do seu comportamento, mas, pelo contrário, apresentava uma plena integração social, caso em que a execução da pena e a prisionização representavam evidentes riscos de contaminação do sentenciado, segundo as leis da subcultura carcerária (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 222), efeitos desintegradores esses que o *Landgericht* (LG) de Berlim procurou mitigar, ao aplicar uma pena reduzida. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 226)

Em casos assim, existe um isolamento ideológico do direito penal tão evidente que leva a pensá-lo sem ligação com o processo penal e com as ciências sociais e, mais, é preciso isolar, dentro do processo penal mesmo, as suas duas fases (cognição e execução) para se aceitar a suposta necessidade de prevenção geral positiva, como reafirmação da ordem jurídica violada para legitimar a imposição da pena e, assim, obter a distinção entre a finalidade da pena e isolá-la das finalidades da execução penal (reintegração e defesa social).

Na aplicação da pena, essa se dirige à generalidade para intimidar os delinquentes potenciais e robustecer a consciência dos cidadãos e sua confiança no direito, mas, na execução concreta, as finalidades são diversas, de forma que os horizontes teóricos do direito penal e da execução penal são chocantes, provocando a “antinomia dos fins da pena” (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 194), expressão com a qual se quer dizer que os diferentes fins da pena não só perseguem objetos distintos e inclusive contraditórios, senão também procedem de mundos distintos e se fundamentam em pressupostos diversos, o que, em definitivo, desenvolve conflitos no sistema penitenciário, praticamente insolúveis.

É extremamente questionável que a aplicação de uma pena criminal possa ter o efeito de impedir o próprio condenado ou a generalidade de pessoas à prática de outros delitos, dada à constatação de que o perigo do cometimento de crimes é uma situação meramente hipotética. Além disso, é duvidoso se as penas possuem realmente um efeito preventivo geral ou se expressam apenas uma defesa simbólica dos valores sociais mais elevados.

Então, o objetivo da pena criminal não é a prevenção geral ou individual, mas a repressão, através da imposição da pena que seja adequada ao fato e à culpa individual. Isso quer dizer que o direito penal e a persecução penal possuem fundamentos menos preventivos do que repressivos: *Strafrecht und Strafverfolgung sind weniger präventiv als vielmehr repressiv*. (PIEROTH; SCHLINK; KNIESEL, 2012, p. 22)

O estado de sujeição pessoal na execução da pena privativa da liberdade é total. É um eufemismo e uma erronia terminológica afirmar-se que o indivíduo sentenciado e preso está sob a “tutela” penal, quando, em verdade, a sua situação existencial é de pura submissão.

Na execução da pena ocorre uma espécie de “vingança institucional” contra o aprisionado. Embora se procure assegurar normativamente todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, a perda dos direitos é quase integral, processo esse denominado, pela sociologia, de “morte civil”. (GOFFMAN, 1974, p. 25)

A perda de papéis é o resultado mais do que esperado do isolamento imposto à pessoa nas instituições totais, que, como a prisão, é concebida para a segurança da sociedade e não para o bem-estar do preso.

O adestramento do recluso é feito pela obediência. Contraditoriamente, o preso deve aprender a obedecer também às normas informais existentes no mundo interno, sob a pena de sofrer represálias e violências físicas. A “mortificação do eu” (GOFFMAN,

1974, p. 24) é constituída por uma série de degradações, pessoais e patrimoniais, a que o indivíduo fica sujeito (corte do cabelo, uso do fardamento, obediência incondicional, regras de linguagem, dependência integral de terceiros, despojamento de todos os bens, submissão a busca pessoal a qualquer momento, inclusive com retirada completa do uniforme prisional – *Entkleidung* – etc.), refletindo na imagem que o recluso possui de si mesmo, como pessoa negativa, inferior, censurável e culpável.

A privacidade é sumariamente substituída pela divisão coletiva dos espaços e pela convivência imposta com as demais pessoas, algumas indesejáveis, inclusive para atos fisiológicos naturais.

Os presos provisórios ou já sentenciados por crimes sexuais estão expostos a riscos de profanações físicas que os façam “pagar”, segundo um código dos internos – irrevogável e não sujeito à revisão –, pelos crimes cometidos e, por isso, esses presos são colocados no “seguro”, jargão que significa o isolamento contra atos de perversão sexual e também violações físicas da população carcerária. Se assim não for, o preso fatalmente perderá a sua masculinidade, ficando sujeito às mais horríveis sevícias.

O dever de obediência cria, nas relações entre o preso e a administração carcerária, outra e mais sutil degradação em forma de “circuito”, na medida em que uma resposta defensiva do preso, diante do que considera um “ataque” dos agentes penitenciários, provoca uma nova “reação”, por exemplo, uma resposta expressiva de autodefesa, contra exigências humilhantes, pode resultar, dentro das instituições totais, em novo castigo, de forma que o mau humor e a insolência do preso são bases para outros castigos. (GOFFMAN, 1974, p. 40)

O indivíduo preso, assim, está à mercê de sanções e não possui a mínima autonomia. É um submisso. A execução da pena é a vingança institucional contra as garantias processuais anteriores ao início do cumprimento da pena.

Existe, entre os presos, um sentimento de lealdade e solidariedade que, muitas vezes, dá origem a rebeliões, que surgem como protesto contra as normas da instituição total ou como forma de reivindicações (permissões de saída, aumento do tempo de visitas de parentes, melhorias físicas das instalações, maior contato com representantes de instituições de controle etc.).

Além das “normas da casa” (regulamentos internos e leis formais de execução penal), o sentenciado deve aprender as “normas dos prisioneiros”, ou seja, os códigos morais entre os sentenciados, cuja desobediência pode causar consequências muito mais terríveis do que as previsões legais.

Uma casa de detenção ou de cumprimento de pena é, certamente, um *espaço* reservado que serve para confinar, à força, uma *população* legalmente estigmatizada, no interior da qual esta população desenvolve *instituições*, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas. (WACQUANT, 2003, p. 345)

A subcultura prisional (*Gefängnissubkultur*) (KUNZ, 2011, p. 314) é um processo de socialização negativa que surge em virtude da necessidade de adaptação ao meio e ao sistema de valores dentro da instituição total que percorre quase toda a população carcerária e decorre, exatamente, da supressão da autonomia e do rebaixamento imposto ao encarcerado, que, para suportar a terrível pressão interna, tende a aceitar e seguir as regras subculturais. (KAISER; SCHÖCH, 2010, p. 231)

Uma dessas normas é a infalibilidade das sanções dentro da comunidade de presos. Ao contrário das leis do Estado, que são relativas e requerem o devido processo, as leis da subcultura prisional são irrefragáveis e imediatas. O alcaguete, por exemplo, não é admitido em qualquer hipótese, impondo a todos a lei do silêncio. Estupradores recebem a pena do estupro coletivo; quem mata um parente deve morrer; quem não pertence à facção que domina o estabelecimento, morre e assim sucessivamente.

Talvez haja um aprendizado a retirar das leis dos presos, na medida em que a certeza das penas e a sua irrevogabilidade são fatores de contenção e submissão que eles próprios se aplicam.

Tomando-se essa pequena amostragem da execução das penas corporais e da constatação de que a execução da pena corporal não pode servir à socialização de ninguém, é preciso discutir a função real da prisão e a sua utilidade contemporânea.

Em primeiro lugar, todo imenso esforço dos juristas para a legitimação da pena de prisão é ocioso. As teorias da pena criminal foram desenvolvidas em torno da justificação daquilo que é indemonstrável, ou seja, que há racionalidade na cominação (previsão abstrata feita pelo legislador para certos delitos) e na aplicação da pena de prisão.

A velha pergunta dos juristas (“por que punir?”) ainda povoa o imaginário dogmático, na busca de algum fundamento para a pena de prisão. Talvez esse seja o ponto mais inerte da filosofia penal: será possível mesmo justificar a pena de prisão?

Não há, entretanto, qualquer fundamento moral para a prisão. Ela é um ato de força, que não precisa de justificação. A prisão é como a guerra, que carece de legitimação moral. “Se o sistema penal é um mero fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder.” (ZAFFARONI, 2001, p. 202)

A par da função elementar de controlar o crime e da constatação de que a perda desse controle pode minar a soberania e a autoridade política, o castigo simplesmente reafirma o poder. (GARLAND, 2006, p. 80)

Depois de haver constatado a ausência de racionalidade da pena-prisão, é preciso indagar se a própria pena-prisão possui alguma finalidade, ou seja, responder a outra pergunta: “para que punir?”

A resposta que se propõe é que a única função da pena, especialmente a prisão, é a neutralização do criminoso. Com a aplicação da pena de prisão se objetiva a inocuidade da pessoa, pelo menos dentro do tempo em que o criminoso passar recluso.

Na prisão e no sistema carcerário não há nenhuma missão econômica positiva de recrutamento e disciplinamento de uma mão de obra ativa, como sugerem alguns pensadores de matriz socialista. (WACQUANT, 2003, p. 349)

A finalidade única da prisão é neutralização, pois se espera que essa supressão da liberdade tenha o efeito incapacitante: *Incapacitation ist eine im Wesentlichen auf den reiheitsentzug bezogene Wirkungserwartung* (KUNZ, 2011, p. 312): a incapacitação é uma expectativa essencialmente relacionada com a pena de privação da liberdade.

Ainda assim, em relação a certos delitos, como é o caso notório das infrações ligadas às drogas, o efeito de exclusão ocasionado pela prisão gera um novo “efeito de substituição” – a neutralização de um criminoso simplesmente produz a sua substituição por outro na “pista” –, o que significa que o encarceramento equivale a recrutar novos delinquentes (WACQUANT, 2003, p. 461), constatação que, por si só, não serve minimamente de argumento para a supressão da pena-reclusão.

Aliás, uma irrefutável observação de Garland ilumina essa questão, quando afirma que o destino do próprio castigo é nunca ter êxito pleno *“debido a que las condiciones más activas para inducir la conformidad – o para fomentar la delincuencia y la desviación – quedan fuera de la jurisdicción de las instituciones penales”*. (GARLAND, 2006, p. 334)

Não obstante toda crítica sobre os efeitos da política de incapacitação, principalmente pelo aumento vertiginoso da população carcerária (KUNZ, 2011; WACQUANT, 2003), é muito evidente que a prisão e as medidas de segurança, executadas nas instituições totais, são reações finais contra o delito, portanto, materializam a única proposta real do controle penal, que é a exclusão do delincente, administrada modernamente sob uma filosofia gerencial de fluxos. Não é sem razão a comparação da execução penal e da prisão a uma “porta giratória”.

A prisão serve, nessa ótica, para isolar e neutralizar categorias desviantes ou perigosas por meio de uma vigilância padronizada e de uma gestão estocástica dos riscos, cuja lógica evoca mais a pesquisa operacional ou a retirada dos “dejetos sociais” do que o trabalho social. (WACQUANT, 2003, p. 247)

A prisão é uma espécie de exílio. Aliás, no Brasil, quando se chega à aplicação da pena de reclusão, após uma infinita série de recursos, com direito a quatro instâncias e à proteção das infinitas garantias, esse exílio é o cume do próprio mérito.

Na prisão são meramente retidos os detritos sociais, a parte desprezível da população. No campo da antropologia é perfeito o contraste feito por Lévi-Strauss (*Tristes Trópicos*) entre as sociedades primitivas, que lidam com os desviantes engolindo-os e adquirindo forças através deles (*antropofagia*) e as sociedades modernas que vomitam os desviantes (*antropoemia*), conservando-os fora da sociedade ou encerrando-os em instituições especiais. (YOUNG, 2002, p. 91)

Na pós-modernidade, a reinvenção da prisão possui um caráter de eliminação, centrada no gerenciamento de riscos simbólicos, em substituição à reabilitação, ideologia que vicejou no século XX (GARLAND, 2006, p. 337) e que cedeu espaço para um sistema exclusivo e meramente atuarial de justiça criminal.

No sistema penal previdenciário, a prisão funcionava como a última instância do setor correcional, lidando com aqueles criminosos que não reagiram às medidas de reforma de outras instituições. Na teoria, se não na prática, a prisão era representada como o último estágio de um processo contínuo de tratamento. Hoje, ela é concebida explicitamente como mecanismo de exclusão e controle (...). A prisão é usada atualmente como um tipo de reservatório, uma zona de quarentena, na qual indivíduos supostamente perigosos são segregados em nome da segurança pública. (GARLAND, 2008, p. 380-381)

Sob o olhar sociológico, a execução de uma pena de prisão é um “mar morto”, onde a pessoa condenada é apenas isolada do “grande mundo”.

Esse efeito de exclusão não pode ser suprimido desde que exista uma pena criminal. A teoria jurídica pode limitar o poder de aplicar a pena criminal e, então, se reserva aos penalistas e processualistas penais a tarefa ideológica de construção das bases de restrição punitiva, trabalho este que não tem fim e que a cada dia é renovado com a “descoberta” de uma nova garantia contra o poder punitivo. Quais as consequências disso e quem deve suportá-las?

Referências

- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002 (Trad. Juarez Cirino dos Santos).
- BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2006 (Trad. Renê Alexandre Belmonte).
- BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. In: *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, vol. 13, 1999, p. 13-27.
- BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRETAS, Marcos Luiz. Observações sobre a falência dos modelos policiais. In: *Tempo Social*. São Paulo: USP, vol. 9, 1997, p. 79-94.

CASALINI, Brunela. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EISENBERG, Ulrich. *Kriminologie*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2005.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e desordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008 (Trad. André Nascimento).

_____. *Castigo y sociedade moderna: un estudio de teoria social*. Bogotá: Siglo XXI editores, 2006 (Trad. Berta Ruiz de La Concha).

GIARDIN DE SOUZA, Leonardo; PESSI, Diego. *Bandidolatria e demócídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. 3ª ed. Porto Alegre: SV Editora, 2018.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1974.

GÖTZ, Volkmar. *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht: ein Studienbuch*. 15. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. 2 (Trad. Flávio Beno Siebeneichler).

KAISER, Günther; SCHÖCH, Heinz. *Kriminologie. Jugendstrafrecht. Strafvollzug*. 7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

KREY, Volker. *Deutsches Strafverfahrensrecht*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2006, Band I.

KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie*. 6. Auflage. Bern: Haupt Verlag, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. I (Trad. Gustavo Bayer).

LYON, David. *The Eletronic Eye: The Rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

MACHADO, Eduardo Paes; NORONHA, Ceci Vilar. A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas. In: *Sociologias*. Porto Alegre, 2002, n. 7, p. 188-221.

MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. Polícia e violência urbana em uma cidade brasileira. In: *Etnográfica*. Lisboa, n. 15 (1), 2011, p. 67-82.

MEIER, Bernd-Dieter. *Kriminologie*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2010.

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. In: *Revista Sociedade e Estado*. Brasília, 2011, vol. 26, p. 15-27.

_____. *Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: NECVU, 2011.

_____. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. In: *Lua Nova*. São Paulo, vol. 79, 2010, p. 15-38.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira; PAES-MACHADO, Eduardo. Polícia para quem precisa de polícia: contribuições aos estudos sobre policiamento. In: *Caderno CRH*. Salvador, vol. 23, n. 60, 2010, p. 437-447.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 (Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves).

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard; KNIASEL, Michael. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 7. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RAISER, Thomas. *Grundlagen der Rechtssoziologie*. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

RATTON, José Luiz; TORRES, Valéria; BASTOS, Camila. Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança. In: *Sociedade e Estado*. Brasília: vol. 26, 2011, p. 29-58.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. A democracia disjuntiva no contexto brasileiro: algumas considerações a partir do trabalho das delegacias de polícia. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*. Brasília: n. 11, 2013, p. 193-227.

ROSS, Alf. *Sobre El derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitas de Buenos Aires, 1994.

SCHNEIDER, Hans Joachim. Polizeiwissenschaft, -theorie und -forschung. In: SCHNEIDER, Hans Joaquim. (Ed.). *Internationales Handbuch der Kriminologie. Grundlagen der Kriminologie*. Berlin: De Gruyter Recht, Band I, Part 2, 2007.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça frouxamente ajustado. In: *Revista Sociedade e Estado*. Brasília: vol. 26, 2011, p. 77-96.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDAL, Hélvio Simões. *Na portinha: uma investigação sobre o sistema de justiça criminal*. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) UFFJ, 2017.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Trad. Renato Aguiar).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.