

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**GUILHERME SILVA ARAUJO**

**PRISÃO PREVENTIVA E DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA: POR UMA  
NECESSÁRIA (RE) SIGNIFICAÇÃO DESSE FUNDAMENTO**

**CRICIÚMA**  
**2020**

**GUILHERME SILVA ARAUJO**

**PRISÃO PREVENTIVA E DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA: POR UMA  
NECESSÁRIA (RE) SIGNIFICAÇÃO DESSE FUNDAMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jackson da Silva Leal

**CRICIÚMA**

**2020**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

A663p Araujo, Guilherme Silva.

Prisão preventiva e discurso da ordem pública :  
por uma necessária (re)significação desse fundamento  
/ Guilherme Silva Araujo. - 2020.  
99 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo  
Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em  
Direito, Criciúma, 2020.

Orientação: Jackson da Silva Leal.

1. Ordem pública (Direito). 2. Prisão preventiva.  
3. Subjetividade. 4. Autoritarismo. 5. Defesa social.  
I. Título.

CDD 23. ed. 341.4326

Bibliotecária Elisângela Just Steiner - CRB 14/1576  
Biblioteca Central Prof. Eurico Back - UNESC

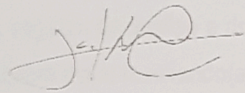
**GUILHERME SILVA ARAUJO**

**“PRISÃO PREVENTIVA E DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA: POR UMA  
NECESSÁRIA (RE) SIGNIFICAÇÃO DESSE FUNDAMENTO”**

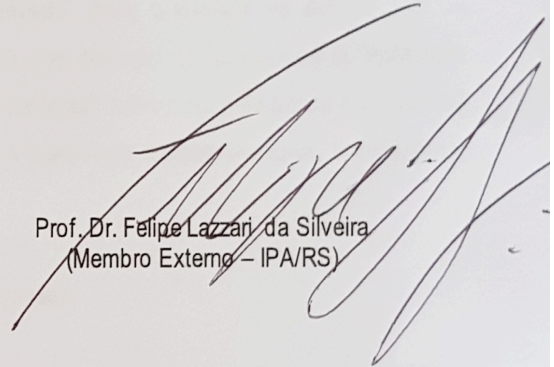
Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 21 de agosto de 2020.

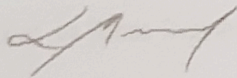
**BANCA EXAMINADORA**



Prof. Dr. Jackson da Silva Leal  
(Presidente e Orientador (a) – UNESC)

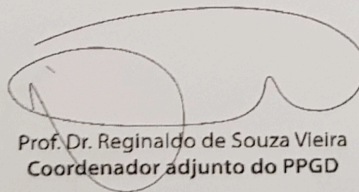


Prof. Dr. Felipe Lazzari da Silveira  
(Membro Externo – IPA/RS)



Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes  
(Membro - PPGD/UNESC)

Prof. Dr. Reginaldo De Souza Vieira  
(Membro Suplente – PPGD/UNESC)



Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira  
Coordenador adjunto do PPGD

A todas e todos que gritam por liberdade mas suas vozes não chegam aos palácios da justiça porque são silenciadas por um sistema seletivo, racista e hipócrita.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente ao professor Jackson da Silva Leal, pela amizade, parceria, diálogos libertadores e por me mostrar o caminho da criminologia crítica logo no primeiro semestre do Programa de Mestrado em Direito da UNESC. Mais do que a orientação da dissertação propriamente dita, devo a ele a compreensão de que o encarceramento não é um problema para o neoliberalismo, mas sim um projeto desse sistema perverso que seleciona e exclui os indesejáveis através do sistema de justiça criminal implacável.

Igualmente aos pesquisadores e pesquisadoras do Grupo Andradiano de Criminologia Crítica, grupo que tive a oportunidade de participar presencialmente em apenas alguns encontros, porém pude estar acompanhando digitalmente os trabalhos e dialogando individualmente com seus membros em diversas ocasiões, nutrindo gratidão pela acolhida e pela sempre rica troca de ideias na Universidade ou nos bares.

Minha gratidão também aos colegas e às colegas mestrandas do PPGD/UNESC pelo período de convivência e por toda a solicitude durante esse difícil percurso que é o mestrado em direito.

Aos meus companheiros e companheiras de trabalho no escritório Araujo & Sandini Advogados Associados, pela colaboração, amizade e entrega durante minhas ausências, além da compreensão pelos meus momentos de introspecção e irritação quando conciliava escritório, docência, mestrado e compromissos juntos à Ordem dos Advogados do Brasil, especialmente aos membros do Núcleo de Direito Criminal, Rafael, José, Jhonatan, Eduardo, Luiza, Leonardo e Pedro que sempre fizeram o melhor para que o trabalho fosse prestado com a maior qualidade possível mesmo quando eu não estava presente.

Aos membros da Comissão de Assuntos Prisionais de Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Santa Catarina, grupo que tenho o prazer e a honra de estar presidente no triênio 2019/2021 pelas valorosas discussões acerca da temática prisional e por todas as lutas em prol da desconstrução do modelo de sistema prisional atual.

Aos meus alunos, alunas e colegas docentes das instituições onde lecionei e leciono, pelas ricas discussões sobre o sistema de justiça criminal,

debatendo alternativas e saídas para que o Estado resolva seus conflitos de forma menos violenta e seletiva.

Aos advogados e advogadas criminalistas que comigo dialogam diariamente, seja presencial ou virtualmente, sobre as dificuldades dessa profissão que tem como missão primordial fazer contenção ao aparelho repressivo estatal, tentando com todas as limitações, a partir dos instrumentos legais, limitar os excessos do poder. Somos e seremos sempre contrapoder.

A minha família, especialmente minha mãe, uma das tantas Marias desse Brasil, e meu pai Jorge, por terem sempre me incentivado a estudar e acreditar nos meus sonhos, concedendo dentro de suas limitações todo o apoio possível nos momentos de dificuldade, sempre estendendo a mão quando eu precisei.

A Beatriz Coan e Adriano Galvão, que doaram seu preciso tempo e se disponibilizaram a ler o trabalho antes da versão final, tecendo ambos comentários sinceros sobre como eu poderia melhorá-lo. Bia a partir de sua leitura sensível e crítica do mundo me sugeriu alteração na ordem dos capítulos e Adriano, através de sua longa experiência como pesquisador e editor no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, me indicou relevantes bibliografias e apontou modificações necessárias. Gratidão eterna aos dois, pela presteza, disponibilidade e por de maneira gratuita me mostrarem que existe muita gente boa com quem posso contar para enfrentar os desafios da vida.

Por fim, a todos e todas amigos e amigas que me dirigiram palavras de incentivo e conforto, me motivando sempre a dar o meu melhor e superar os desafios de enfrentar um programa de mestrado durante uma avalanche de outras responsabilidades profissionais e acadêmicas.

“A liberdade é mais importante que o pão.”

Nelson Rodrigues

## RESUMO

O presente trabalho trata de uma análise crítica da “ordem pública” como fundamento para a prisão preventiva a partir de um diálogo entre o processo penal e a criminologia crítica. De início é realizada uma abordagem a respeito das raízes histórico-sociais desse fundamento no direito brasileiro, além de uma abordagem a respeito de sua (defeituosa) constituição etimológica. É realizada também uma análise interdisciplinar a respeito dos aspectos humanos que integram a atividade decisória para além da prometida racionalidade. É proposto ainda um diálogo desta problemática com alguns aspectos de uma teoria da decisão que reconhece a subjetividade do julgador como um elemento essencial ao se analisar qualquer tipo de processo decisório judicial. Em seguida, faz-se uma análise qualitativa de decisões judiciais de primeiro e segundo grau, proferidas por juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no intuito de demonstrar como a subjetividade se manifesta em decisões que se utilizam do fundamento da ordem pública ante os defeitos linguísticos deste conceito. Por fim, os aspectos anteriores são condensados e enfrentados sob a ótica da criminologia crítica, propondo-se um novo olhar sob garantia da ordem pública, que seja compatível com as aspirações democráticas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Ordem Pública. Prisão Preventiva. Subjetividade. Autoritarismo. Ideologia da Defesa Social.

## ABSTRACT

The present study deals with a critical analysis of “public order” as a basis for preventive detention based on a dialogue between the criminal process and critical criminology. At first, an approach is taken regarding the historical-social roots of this foundation in Brazilian law, in addition to an approach regarding its (defective) etymological constitution. An interdisciplinary analysis is also carried out regarding the human aspects that make up the decision-making activity in addition to the promised rationality. It is also proposed a dialogue on this issue with some aspects of a theory of decision that recognizes the subjectivity of the judge as an essential element when analyzing any type of judicial decision-making process. Then, a qualitative analysis of first and second degree judicial decisions, made by judges and judges of the Santa Catarina Court of Justice, is made in order to demonstrate how subjectivity manifests itself in decisions that use the foundation of public order before the linguistic defects of this concept. Finally, the previous aspects are condensed and faced from the perspective of critical criminology, proposing a new look under public order guarantee, which is compatible with the democratic aspirations established in the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Public Order. Preventive Prison. Subjectivity. Authoritarianism, Ideology of Social Defense.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	Habeas Corpus

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2 O QUE É ORDEM PÚBLICA? UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA ANÁLISE DO DISCURSO</b> .....	<b>21</b>
2.1 ORIGEM AUTORITÁRIA DO CONCEITO “ORDEM PÚBLICA” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	22
2.2 A INDEFINIÇÃO SEMÂNTICA DO DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA: É POSSÍVEL UMA CONCEITUAÇÃO?.....	27
2.3 O CARÁTER NÃO INSTRUMENTAL DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 .....	31
2.4 O ABUSO DO FUNDAMENTO “DA ORDEM PÚBLICA” PARA UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL .....	34
<b>3 O <i>SECOND CODE</i> - O CÓDIGO IDEOLÓGICO DA MAGISTRATURA</b> .....	<b>38</b>
3.1 O JUIZ COMO SER-NO-MUNDO .....	42
3.2 RAZÃO E SUBJETIVISMO .....	48
3.3 O PAPEL DO INCONSCIENTE NA ATIVIDADE DECISÓRIA.....	50
<b>4 ANÁLISE DE DECISÕES PROFERIDAS PELO JUDICIÁRIO CATARINENSE ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA</b> .....	<b>55</b>
4.1 DA METODOLOGIA E INSTRUMENTOS DE ANÁLISE .....	55
4.2 DAS DECISÕES PROFERIDAS POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	57
4.3 DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA EM ACÓRDÃOS DE <i>HABEAS CORPUS</i> .....	65
4.4 DOS SIGNIFICADOS PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DO OBJETO DE ANÁLISE .....	71
<b>5 UMA ABORDAGEM DO DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA</b> .....	<b>75</b>
5.1 DO PARADIGMA ETIOLÓGICO PARA O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL ..	75
5.2 DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL .....	76
5.3 DO CONTROLE SOCIAL PENAL .....	78
5.4 É POSSÍVEL UMA RESSIGNIFICAÇÃO (OU SIGNIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA) DE ORDEM PÚBLICA? .....	83

<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto o aprofundamento teórico necessário para se chegar à compreensão do discurso raso de “proteção da ordem pública” como forma de fundamentação de decretações e manutenções de prisões preventivas no atual sistema de justiça criminal brasileiro, e notadamente, no poder judiciário catarinense.

Questiona-se a razão pela qual magistrados e magistradas do Estado de Santa Catarina (podendo se expandir tal interpretação para todo o território brasileiro) se utilizam de forma corriqueira da expressão “manutenção da ordem pública” como fundamento para manter em cárcere pessoas que, diante de suas condições pessoais, deveriam permanecer em liberdade. Faz-se, ainda, uma análise semiótica sobre quem é o sujeito que decide (compreensão do sujeito inserido em seu mundo, que imputa significado às coisas de acordo com as suas observações) para se chegar à formulação de conclusões e hipóteses do porquê se interpreta o termo aludido dentro de uma função massiva de prisionização.

Nesse passo, valer-se-á da perspectiva zetética para traçar um diálogo necessário entre o processo penal (dogmática), a criminologia (crítica) e a política criminal, este último como instrumento adequado para se realizar a ponte interpretativa entre os dois primeiros, visando uma efetiva aplicabilidade instrumental da crítica narrativa encontrada ao final, dentro dos processos decisórios advindos do Poder Judiciário delimitado neste trabalho.

Explica-se.

Necessário propor, inicialmente, um diálogo/debate acerca da própria (in)definição etimológica do conceito da ordem pública, uma vez que se trata de um termo aberto e impreciso, o que acaba por permitir que a subjetividade do intérprete tome especial importância em sua utilização no processo de tomada de decisão (BARROSO, 2001).

Contudo, apesar de não se conseguir chegar a uma definição concreta do que seria ordem pública, será demonstrado que esse abstrato conceito carrega forte ideologia autoritária, que o tornou como o principal alicerce argumentativo para o abuso de prisões provisórias no Sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Diante de tal imprecisão semântica, somada a carga ideológica autoritária que circundam o termo da ordem pública, foi dada especial atenção na presente

pesquisa ao que a criminologia crítica chamou de *second code* ou *basic rules* (código social - ideológico) judicial. Mas, de onde exatamente surge tal destinação de análise? Sabe-se que códigos sociais são existentes para uma preservação mínima de sociabilidade. O que torna necessária a presente análise é o recorte metodológico que se emprega, e as respostas sobre as indagações que são possíveis de serem alcançadas diante do que e de quem estão submetendo, e sobre o que e quem estão sendo submetidos no limiar das decisões judiciais.

Nesse sentido, percebemos que, dentro do estudo criminológico, temos como objeto de estudo os chamados controles sociais. Por controle social se entende o “conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2013. p. 51). Para a sua completa execução, entram em cena duas classes de instâncias de agentes de controle, os informais (a família, a escola, a profissão, a opinião pública etc) e os formais (polícia, sistema de justiça, administração penitenciária). O *second code*, portanto, para fins desta análise, trata-se do código ideológico protagonizado por detentores do poder de julgar que visam obter, em suas interpretações, uma “eficaz defesa social”. Para tanto, formulam elementos de convicção que não são retirados do próprio sistema normativo, mas sim, oriundos de suas próprias posições de ser-no-mundo. São elementos invisíveis, que formalmente não habitam as decisões judiciais, mas que as compõem uma vez indissociáveis da própria condição humana, e que obviamente não consegue se afastar o juiz de Direito.

Neste norte, para relacionar ordem pública e a ideologia dos magistrados, impossível que uma pesquisa esteja dissociada de uma discussão que aborde Razão e Subjetivismo na medida em que serão analisados aspectos da atividade decisória, tais como o papel do inconsciente e suas implicações na decisão judicial.

Avançaremos realizando uma análise do discurso da ordem pública estampado em decisões judiciais criminais oriundas de Varas Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com o objetivo de identificar quais são os significados dados a este conceito que, como já mencionado, possui clara imprecisão semântica e pode ter seu significado modulado a partir de quem o aplica.

Se não há na legislação brasileira uma definição do que é ordem pública, logicamente que nesse espaço vazio de significado, quem preenche e atribui determinado sentido a este fundamento são os intérpretes da norma, que escolhem

significantes dentre seu portfólio de ideias para trazer do plano da abstração e aplicar no mundo concreto esse termo.

Desta forma, um trabalho acadêmico que se propõe a percorrer tal caminho com condições de encontrar respostas efetivas e não reducionistas, deverá por óbvio, se afastar de uma abordagem do problema apenas a partir das ciências jurídicas. Portanto, é imprescindível em uma pesquisa desta natureza que haja uma harmônica incursão entre os mais diversos ramos do saber, reunindo assim conteúdo para que se analise a decisão judicial não só como ato jurídico racional, de mera subsunção, em que o magistrado simplesmente opta por um dos caminhos expostos pelas partes, mas sim como fenômeno que carrega uma série de elementos subjetivos oriundos da formação humana, se dando especial enfoque aqui, no inconsciente.

Para que se tente de algum modo compreender tais elementos e se consiga vislumbrar uma forma de estancar a discricionariedade gerada pela falácia da razão como única fonte de decisão, a questão tem que ser analisada afastando-se da adoção de uma postura rígida de mero saber técnico sobre determinada matéria, e nesse sentido, deve-se adotar e pensar de forma interdisciplinar, explorando ensinamentos tanto do direito, mas também da psicologia, da filosofia, sociologia, antropologia e dentre outras áreas do saber.

Destacando a importância de realizar uma análise interdisciplinar na produção do saber moderno, Lídia Reis de Almeida Prado leciona que:

[...] a interdisciplinaridade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que na produção do saber, não se incida nem no radical cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo). Tal saber caracteriza-se por ser obtido a partir da predisposição para um encontro entre diferentes pontos de vista (diferentes consciências), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade. (PRADO, 2013, p. 32).

Contribuindo com este pensamento sobre a interdisciplinaridade, Gusdorf (1967, p. 35-37) sustenta a necessidade de o homem moderno expandir suas formas de buscar conhecimento, não se limitando a mera racionalidade, ciente de que existe no saber, mais do que os conceitos técnicos engessados e abordados por especialistas naquela área específica. Além disso, faz-se necessário, para

compreender de forma sistêmica as relações humanas, que se diminua a distância teórica entre as disciplinas e potencialize-se o diálogo entre elas.

Neste sentido, o especialista “tornou-se ignorante de tudo aquilo que não concerne a sua disciplina” (MORIN, 2010, p. 17). Essa fragmentação do saber deixou o homem cada vez mais distante de alcançar respostas sobre problemas oriundos das relações humanas. Os especialistas se encastelaram em suas pesquisas, julgando sempre serem seus estudos mais relevantes que os dos outros, o que gerou obviamente a ruptura de uma análise macro das problemáticas, gerando tão somente uma queda de braço entre as ciências que nada de produtivo apresentou nos últimos tempos para a sociedade. O caminho seria uma compreensão de que o direito não vive apartado da sociedade:

A globalização, o crescente nível de desigualdades e de exclusão social, as tensões entre o Estado-nação e a economia transnacional, as novas formas de criminalidade, as violações dos direitos humanos não apenas pelo Estado, mas também pelos agentes privados, são alguns dos fatores que determinam a necessidade da montagem de um novo protótipo de juiz. Sua preparação para o exercício dessa função parte, antes de tudo, da rejeição de uma visão segmentada da realidade. Direito e sociedade não vivem apartados: estão no mesmo lugar. Por isso, é necessário que o novo juiz esteja sensibilizado pelo questionamento social. (FRANCO, 2004).

O prejuízo epistemológico de uma análise científica não transdisciplinar fica ainda mais nítido quando se trata de conhecimento crítico. Uma abordagem engessada e fragmentada de questões complexas da existência, sem espaço para o diálogo entre disciplinas distintas, mitiga qualquer tipo de reflexão contra majoritária, favorecendo assim que os conceitos encontrados pelos ditos especialistas permaneçam por muito tempo inalterados, contribuindo para a manutenção do *status quo*.

É o que Luíz Alberto Warat, convencionou por chamar de “senso comum teórico dos juristas”, que em sua visão significa:

[...] uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os atos de decisão [judiciária] e de enunciação [do direito]. (WARAT, 1994, p. 13).

O direito passa então a reproduzir significados pré-estabelecidos de geração em geração, sem a necessária reflexão que uma interlocução entre mais

ciências viabilizaria, favorecendo assim condições para que o conhecimento não avance, mas permaneça estagnado em volta daquilo que não se contesta.

Neste norte, Antônio Pedro Melchior alerta sobre a importância do afastamento de uma dogmática isolada:

Somente concebendo as condições pelas quais as ideias se agrupam e se inter-relacionam, será possível extrair uma reflexão desmistificadora da neutralidade do conhecimento. No Direito, as consequências de uma dogmática objetiva e rigorosa, que nega o juízo de valor e esconde sua referência ideológica foi e é nefasta ao estabelecimento de uma consciência crítica (MELCHIOR, 2013, p. 23).

Um pensar transdisciplinar, que percorra várias áreas do conhecimento objetivando alcançar uma concepção mais clara e concreta dos objetos cognoscíveis, se choca diretamente com a ideia proposta pelo filósofo René Descartes que mediante o chamado método cartesiano convenceu a sociedade de que a maneira ideal de compreender o universo seria fragmentar o conhecimento, de forma a simplificar a análise do mundo mediante conceitos objetivos e reduzidos. Tal método, de certa forma, virou as costas para aspectos da vida essenciais na produção do conhecimento, tais como sentimento, emoção, intuição, sensibilidade, crenças, etc., passando, sob a premissa de um homem estritamente racional, enxergar os objetos do conhecimento de forma limitada.

Contrário a esta ideia, de uma produção do conhecimento sob uma perspectiva lógico-formal, Wolkmer (2015, p 78-79), afirma que a Dogmática Jurídica vivencia profunda crise, uma vez que permanece presa ao formalismo gerado por uma atividade normativa que ignora aspectos sociais periféricos e conclusões científicas interdisciplinares, mantendo-se fiel a uma visão formal-escrita-normativa.

Posto isto, abordaremos a temática da presente dissertação a partir de uma perspectiva plural dos fenômenos jurídicos, enfrentando a problemática com auxílio da filosofia, sociologia, psicanálise, e dentre outros campos do saber que possam nos dar subsídios e possibilitar um olhar voltado para a diversidade e pluralismo jurídico.

A presente pesquisa ganha especial importância na medida em que realiza uma crítica àquele que é o fundamento preferido da magistratura brasileira para sustentar a utilização da prisão preventiva em processos criminais.

Mesmo que a dogmática processual penal e a própria jurisprudência dos tribunais superiores assentem que a prisão preventiva deve ter espaço somente em casos excepcionais, garantindo-se a liberdade como regra, sabe-se que a realidade dos fóruns brasileiros está longe disso. Há uma verdadeira automatização da prisão em processos criminais que apuram a prática de crimes etiquetados como graves.

Desta forma, sendo certo que o encarceramento provisório através da prisão preventiva é uma realidade no sistema de justiça criminal brasileiro e que a ordem pública surge como trunfo argumentativo na maioria destas decisões, é preciso dialogar sobre os motivos desta insistência por parte dos juízes e desembargadores criminais em subverter a lógica procedimental e passar a utilizar a prisão preventiva como regra em prol de uma abstrata proteção à tranquilidade coletiva.

É de se dizer ainda que a importância de se mergulhar nas entranhas do processo decisório no que diz respeito à prisão preventiva, analisando as particularidades das decisões de primeiro e segundo grau, quando tanto legislativo, quanto executivo, bem como os tribunais superiores e o CNJ, vêm tentando propor uma racionalização do uso da prisão preventiva, porém tais iniciativas esbarram justamente no discurso de ordem pública que opera através dos significados que serão aqui expostos a partir da análise de decisões judiciais.

Apesar da prisão preventiva ter cabimento com base em diversos fundamentos, elegemos a ordem pública como pano de fundo do presente trabalho justamente porque, como já dito, se trata de um conceito de difícil delimitação, o que permite sua utilização de diversas formas servindo como um coringa argumentativo.

Necessário neste ponto consignar que a intenção inicial da pesquisa era realizar entrevista presencial com magistrados de primeiro e segundo grau, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, para obter dados sobre o que seria de fato ordem pública a partir de suas óticas. Contudo, apesar de autorizada pelo tribunal, e em vias de se iniciar tal pesquisa de campo, a mesma foi inviabilizada em razão da pandemia gerada pelo novo Coronavírus que suspendeu as atividades presenciais dos fóruns e tribunais, sendo então substituída a metodologia de coleta de dados pela análise de decisões judiciais.

Neste sentido, com o objetivo de delimitar um objeto tangível na presente pesquisa, nos dispusemos a analisar o teor de decisões judiciais emanadas por Juíze(a)s Criminais e Desembargadore(a)s Criminais, do Tribunal de Justiça do

Estado de Santa Catarina, com o intento de retirar delas, quais os significados encontrados por suas excelências que representem a proteção da ordem pública.

Importante desde já destacar que não se trata de uma pesquisa quantitativa, mas sim qualitativa, por isso não se alargou o universo de decisões pesquisadas. A intenção na análise de decisões foi tão somente para materializar a partir de elementos extraídos da práxis judiciária, a subjetividade que está autorizada a partir da utilização do fundamento da ordem pública na prisão preventiva.

Desta forma, durante os meses de abril e maio de 2020, foram pesquisadas decisões que decretam e mantêm prisões preventivas com fundamento na proteção à ordem pública mediante busca no sítio de pesquisa de Jurisprudência da corte catarinense utilizando os termos de busca “Prisão preventiva” e “Ordem Pública” de forma aleatória e não direcionada. Ou seja, buscou-se em ordem cronológica as decisões mais recentes disponíveis nas ferramentas de busca sendo como critério de seleção, como já dito, serem decisões que decretavam ou mantinham prisões preventivas em primeiro grau e decisões que denegavam ordem de habeas corpus em segundo grau, sempre com base no fundamento da garantia da ordem pública. A metodologia desta pesquisa e seus resultados serão melhor abordados em tópico próprio.

Neste rumo a pesquisa foi empírica com objetivo de verificar-se a hipótese central apresentada, utilizando-se o procedimento analítico do material colhido, e ainda, pesquisa bibliográfica para contribuir na estruturação teórica.

Desta forma, após esta introdução que compreende ao primeiro capítulo da dissertação, avançamos no segundo capítulo para uma abordagem sobre o termo “ordem pública” a partir da análise do discurso. Neste capítulo realizamos uma contextualização sócio-histórica desse fundamento no direito brasileiro, situando em que momento da construção normativa esse fundamento passa a integrar de forma determinante e assumir protagonismo no processo de agigantamento no encarceramento provisório. Ainda no segundo capítulo, é realizada uma abordagem semântica sobre ordem pública, sendo formulada uma crítica acerca da própria estruturação linguística desse termo. O tópico final do segundo capítulo trata de abordar o discurso de proteção da ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva, e os impactos dessa utilização no processo de encarceramento brasileiro.

O terceiro capítulo por sua vez, desloca a análise do objeto “ordem pública” para o sujeito que lhe dá sentido e o aplica na prática forense, qual seja, o juiz. Deste modo, faz-se uma abordagem acerca do código ideológico invisível que compõem a magistratura, em seguida sendo realizada uma abordagem do juiz como ser-no-mundo, razão e subjetivismo e encerrando o capítulo com uma abordagem transdisciplinar do papel do inconsciente na atividade decisória, o que é feito mediante um diálogo entre o direito e a psicanálise.

O quarto capítulo foi reservado para se extrair das decisões analisadas os trechos exatos de argumentação onde os magistrados dão significado ao fundamento da proteção da ordem pública, no intuito de demonstrar que a partir do que se trabalhou nos capítulos anteriores, se trata de um termo de utilização aberto e que permite alto grau de discricionariedade.

No quinto capítulo foi realizado um recorte do que até então havia sido concluído, a partir da ótica da criminologia crítica, tratando da questão enfrentada a partir da ideologia da defesa social, tratando de controle social penal e se se propondo uma reflexão sobre a possibilidade de novos horizontes para o fundamento da ordem pública. Por fim, tem-se a conclusão e as referências utilizadas para o desenvolvimento desta pesquisa.

## **2 O QUE É ORDEM PÚBLICA? UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA ANÁLISE DO DISCURSO**

Antes de delimitar a crítica conceitual ao fundamento ordem pública, expor sua base autoritária e situar o ponto de maior utilização desse fundamento no sistema de justiça criminal brasileiro e ainda de abordar de forma específica o que consiste ordem pública nas decisões do judiciário catarinense, é preciso apontarmos para a impossibilidade (ou inutilidade) desta abordagem sob a mera análise de conteúdo, nos valendo da metodologia da análise do discurso

Neste ponto, é preciso que façamos uma diferenciação acerca da análise do discurso a análise de conteúdo. Enquanto esta última visa realizar uma análise objetiva de uma produção textual extraindo seu significado, a primeira não tem pretensão de desnudar o significado literal de um texto, mas tentar desvendar o que realmente esse texto significa a partir de quem o escreveu, considerando aspectos linguísticos, ideológicos e inconscientes (ORLANDI, 2002, p. 17).

Trata-se da compreensão de que o texto nunca é transparente, na medida em que carrega nele um discurso subjetivo e atrelado a quem o propõe.

O que vem sendo produzido sobre a Análise do Discurso considera que se faz possível estabelecer métodos procedimentais que permitem obter a estrutura fundante dos discursos, ou seja, analisar o texto e compreender o que de fato quem lhe escreveu queria dizer a partir de condições sócio-históricas do autor (PÊCHEUX, 1990, p. 255).

No que diz respeito a ordem pública faz-se necessário analisar tanto o que está escrito na norma brasileira, quanto o teor das decisões judiciais que prendem com base nesse fundamento sob a perspectiva da análise do discurso. Tal importância se dá para que na presente pesquisa possamos abordar o problema da ordem pública, seus significados e significantes não a partir da mera análise do que está posto de forma crua no texto, mas sim as raízes estruturais e ideológicas de quem produz essas narrativas.

A ideia proposta pela Análise do Discurso, conforme já mencionado, contraria a ideia de neutralidade da Análise de Conteúdo, onde se desconsidera as peculiaridades do sujeito na análise do objeto.

É preciso neste norte, para que a presente pesquisa possa chegar ao objetivo esperado, que tanto a produção normativa acerca de ordem pública quanto

o teor das decisões judiciais emanadas pelo judiciário catarinense com tal fundamento, sejam investigadas sob a metodologia da Análise do Discurso, possibilitando-se assim que seja, de forma mais fiel compreendidos os significados dados à ordem pública e suas estruturas fundantes.

Acerca da abordagem de conceitos jurídicos apenas a partir de análise de conteúdo, Lênio Streck ensina o seguinte:

A este fenômeno podemos denominar de “fetichização do discurso jurídico”, é dizer, através de um discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade “natural”. (STRECK, 2014, p. 117).

Tais condições de produção são justamente todos os aspectos subjetivos que contribuíram para a constituição daquele dispositivo legal, no caso aqui pesquisado, o fundamento Ordem Pública. Ou seja, deve ser dada especial atenção a própria construção sócio-histórica deste fundamento e a sua constituição como defesa e tutela da coletividade. Desta forma, conforme já ressaltado, não se pode analisar ordem pública apenas a partir de sua condição de produção normativa codificada, mas sim como um fenômeno que carrega todo um discurso previamente construído. Neste rumo, conforme ensina “O Direito, como manifestação cultural do homem, sofre condicionamentos e reflexos da estrutura econômica e social que o gerou.” (JARDIM, 2005, p. 38).

Neste norte, não pode ser analisado apenas como um fundamento isento que é utilizado nas decisões judiciais a partir de seu significado linguístico, mas sim como seus antecedentes históricos e sua base ideológica, aspectos estes abordados de forma mais precisa no tópico seguinte.

## 2.1 ORIGEM AUTORITÁRIA DO CONCEITO “ORDEM PÚBLICA” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De início, antes de abordar especificamente as bases autoritárias que fundamentam o conceito de Ordem Pública e o próprio sistema processual penal brasileiro, importante destacar que antes da Constituição Federal de 1934 não havia uma legislação processual penal de abrangência nacional, uma vez que os Estados da Federação tinham autonomia para elaborar suas próprias legislações processuais

penais (GLOECKNER, 2018, p. 336-337). Neste sentido partiremos neste tópico de uma análise a partir da Carta Maior de 1934 que passou a estabelecer em seu Art. 5o, inciso XIX, "a" a competência da União para legislar sobre matéria processual penal, podendo-se a partir desta quadra da história verificarmos a base ideológica da legislação da legislação pátria (BRASIL, 1934).

A partir daí a primeira iniciativa processual penal que teria competência em todo território nacional é denominada Projeto Vicente Ráo. Tal projeto de Código de Processo Penal que foi escrito em 1935 e carregava o nome do Ministro da Justiça da época, trouxe em si esculpida uma perspectiva de projeção do social em detrimento do individual, prevendo em sua redação uma noção de equilíbrio entre o interesse social e os direitos individuais, que na realidade significava a mitigação destes últimos sob a justificativa de proteção da sociedade (GLOECKNER, 2018, p. 338-339).

Ocorre que com tal projeto sequer chegou a ir à votação no parlamento brasileiro, uma vez dissolvido o congresso por Getúlio Vargas através do advento da Constituição de 1937 (BRASIL, 1937).

Apesar de não entrar em vigor o Projeto Vicente Ráo, essa ideia de uma socialização do direito e a relativização de direitos individuais em prol do coletivo foi absorvida pelo Estado Novo e pelo pensamento jurídico dominante da época, conforme ensina Mariana de Moraes Silveira:

No âmbito da teoria jurídica, uma preocupação abstrata com "o social" buscou trazer respostas a esses desafios, sendo capaz de congrega e mobilizar bacharéis em direito de orientações diversas. Procurando, a um só tempo, apontar alternativas ao liberalismo clássico e evitar as transformações profundas pleiteadas à esquerda do espectro político, muitos juristas se puseram a reivindicar uma "concepção social do direito". Embora tenha comportado variações importantes, alguns dos conteúdos atribuídos a esse projeto foram a defesa da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, a busca por um maior intervencionismo estatal, propostas sobre a relativização de direitos antes tido com absolutos (em especial, a liberdade de contratar e a propriedade), a crítica à "importação de modelos estrangeiros, a busca por uma correlação entre lei e realidade social e o intuito de promover reformas sociais por meio das leis (SILVEIRA, 2016, P. 453).

Neste norte, surge em 1941 o primeiro (e único) Código de Processo Penal unitário no Brasil, que tratou de conforme previsto na Constituição de 1934 e pretendia o Projeto Viente Ráo, unificar a legislação processual penal brasileira, sendo o que como sabemos, vigora até os dias atuais.

É possível perceber de pronto a base ideológica que constituiu o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 por uma breve leitura de sua exposição de motivos, que assim prevê:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunhase o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o asseguram contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um malavisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um malcompreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (BRASIL, 1941).

Nota-se claramente por esta redação que o atual Código de Processo Penal brasileiro nasce como um importante instrumento de repressão estatal fazendo questão de deixar claro em sua exposição de motivos que seria responsável por realizar uma modificação de paradigma, onde passaria a ser considerada como mais importante a tutela social mesmo que para isso fosse necessário o sacrifício de garantias e direitos do indivíduo.

Importante destacar que o Código de 1941 é claramente inspirado no Código Penal Italiano, apelidado de Código Rocco, que foi editado em 1930 sob o Governo Fascista de Benito Mussolini, inclusive com mais radicalismo em certos aspectos, conforme ensina Gloeckner:

Desde essa doutrina, portanto, o objetivo do código de processo penal era de conceder maior energia repressiva ao Estado, com a supressão de determinados direitos e garantias, que tornavam a resposta estatal morosa ou ineficaz. Até mesmo a expressão “sentimentalismo mais ou menos equívoco” será inspirada em ROCCO, (que utiliza a frase “sentimentalismo aberrante”. A supremacia do Estado sobre o indivíduo, concepção esta francamente sustentada por Alfredo ROCCO na Itália, consoante pode consultar na Relazione al Re, era repetida no Brasil, através de um discurso ainda mais radical (GLOECKNER, 2018, p. 384)

Apesar das afinidades de Campos com a produção teórica fascista que sustentou o “Código Rocco” o primeiro demonstrava ainda mais combatividade em desfavor dos que estivessem dispostos à promover a desordem (SONTAG, 2009, p. 37).

Neste sentido, apesar da dificuldade de se conceituar de forma objetiva o que seria Ordem Pública em razão da própria subjetividade das palavras que formam tal conceito, conforme será melhor abordado a seguir, é preciso destacar que esse discurso carrega um viés notadamente autoritário uma vez que se consolidou e ganhou densidade normativa no período do Estado Novo sob a Batuta de Francisco Campos (1891-1968), em que conforme já mencionado, havia forte movimento de mitigação dos direitos individuais em prol de um “bem comum”.

Campos trilhou diversos cargos políticos antes de se tornar Ministro da Justiça, em 1937, momento em que se consolidou como um dos mais importantes influenciadores ideológicos da época. Sua influência e articulação possibilitaram a sedimentação da base normativa do Estado Novo, onde havia uma forte preocupação com verticalização do poder nas mãos do Presidente da República e no controle dos movimentos periféricos.

Suas ações e discursos ficaram marcados pela ideologia da defesa social, focando no ataque à direitos e garantias individuais sob a justificativa de proteção da coletividade. Havia uma nova ordem política e quem se não se enquadrasse no padrão pré-estabelecido e não estivesse incluído nesta coletividade privilegiada estaria na mira do sistema jurídico que cada vez mais adotava estratégias efficientistas. Segundo as próprias palavras de Campos:

“A Lei de Segurança Nacional, a do processo dos crimes contra a ordem política e a de reforma do tribunal respectivo compõem um sistema cuja precisão e justeza já têm sido postas à prova com resultados excelentes. Podemos dizer que o problema da ordem deixou, graças a um modelar aparelho repressivo – sem excessos, mas sem desfalecimentos de ser o fantasma que tolhia quaisquer iniciativas proveitosas para o país. Os crimes contra o Estado são punidos com rapidez, serenidade e isenção de ânimo. Como estamos longe do tempo em que processos dessa natureza levavam três, cinco, dez anos para resolver-se! (CAMPOS, 2002, p. 227).

Lazzari (2020, p. 191), destaca ainda a proximidade no pensamento de Francisco Campos com o teórico alemão Carl Schmitt que através de sua teoria constitucional justificou a legalidade do regime nazista, especialmente no que diz

respeito à simpatia de ambos por um estado totalitário e a resistência de ambos contra a democracia e as liberdades individuais.

Tal influência totalitária do período que inaugura um novo capítulo na significação de Ordem para o sistema jurídico brasileiro fica muito clara no próprio texto de apresentação contido na Constituição Federal de 1937 que concedeu um ambiente com estrutura principiológica para a edição do já citado Código de Processo Penal de 1941:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à **paz política e social**, profundamente perturbada por conhecidos fatores de **desordem**, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;  
 Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela **infiltração comunista**, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de **caráter radical e permanente**;  
 Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e **de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo**;  
 Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;  
 Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de **paz política e social**, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País. (BRASIL, 1937, grifo nosso).

É perceptível pelo próprio texto constitucional que o movimento do Estado naquela época era inicialmente pela delimitação de um inimigo a ser combatido, criando-se instrumentos jurídicos para que as mais variadas violações não fossem contestadas, porque a partir daquele momento estavam juridicamente respaldadas. Outro ponto que chama atenção é que nem sequer em uma linha do texto de apresentação são mencionados direitos e garantias individuais, deixando claro que a figura da pessoa humana não era uma prioridade do Estado, mas sim, conforme pontos grifados, a preocupação é com a paz social evitando-se a desordem.

Conforme ensina Fauzi Hassan Chokr, a própria estrutura cronológica do Código de Processo Penal demonstra sua verdadeira faceta:

A estrutura deste Livro demonstra claramente a hierarquia de valores que inspiraram o Código. Como decorrência natural do espírito autoritário que possui e que alimenta largamente sua interpretação, até mesmo nos dias de hoje, os primeiros cuidados do Código dirão respeito à atividade de polícia para, depois, seguir-se a estrutura da ação e, por fim, as disposições de competência. Previsões sobre os atores processuais são bem posteriores e, verdadeiramente, o papel da jurisdição se afigura esmaecido entre os elementos de caráter administrativo que aparecem em primeiro lugar (HASSAN CHOUKR, 2005, p. 2).

Desta forma, torna-se claro que o discurso de Ordem Pública habita o contexto normativo brasileiro por própria força constitucional do Estado Novo, e que por mais que a Constituição Federal de 1988 tenha inaugurado um novo paradigma no que diz respeito aos Direitos e Garantias Individuais e os valores do Estado brasileiro, devemos lembrar que o Código de Processo Penal Brasileiro até hoje vigente fora editado em 1941, ou seja, pelas mãos de Francisco Campos e sob as lentes da Constituição Federal de 1937

## 2.2 A INDEFINIÇÃO SEMÂNTICA DO DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA: É POSSÍVEL UMA CONCEITUAÇÃO?

É necessário iniciar esse capítulo ressaltando a dificuldade de encontrar-se uma definição clara e objetiva de Ordem Pública. Trata-se de conceito vago e impreciso, que se torna um grande trunfo para a discricionariedade e utilização seletiva deste discurso.

Para Lopes Jr.:

Grave Problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes (LOPES JR., 2016, p. 662).

Já Badaró (2015, p. 977) afirma que a expressão “ordem pública” é vaga, de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual”.

No mesmo norte, Morais da Rosa (2016) afirma que o fundamento (discurso) da Ordem Pública é manipulável de acordo com a retórica do intérprete,

alertando que o crime cometido altera naturalmente a ordem social, mas não necessariamente coloca em risco outros bens jurídicos, possuindo a estrutura do termo Ordem Pública palavras Vagas e Ambíguas.

Ainda acerca da conceituação de Ordem Pública, Kato afirma que:

A prisão como garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões, em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e ilegais (KATO, 2005, p. 117).

Um recorte fundamental para a presente pesquisa é exatamente demonstrar que a anemia<sup>1</sup> semântica do conceito de ordem pública concede espaço para um exercício jurisdicional ideológico com a utilização desse termo, permitindo assim que esse discurso seja pautado mais pela individualidade do julgador do que propriamente a intenção do legislador.

Trata-se de um termo aberto, formado por duas palavras igualmente abstratas e que não dão conta de determinar seu real significado, que acaba sendo extraído a partir da subjetividade de quem utiliza o termo.

Ordem, segundo os dicionários significa uma relação estabelecida entre uma pluralidade de elementos, caracterizando-se, portanto, como o contrário de caos. Para compreender ordem, é necessário pensar em desordem, ou seja, algo desorganizado, desestruturado, desalinhado, desajustado. Fica clara a dificuldade de se compreender ordem de uma única maneira, uma vez que ordem para um bairro composto de jovens que varam a madrugada festejando com música alta será diferente para um bairro formado por idosos que dorme e acordam cedo, por exemplo.

Neste trilho, a dificuldade de se conceituar ordem pública se inicia pela própria dificuldade de se compreender o que é Ordem, tendo em vista o próprio subjetivismo semântico desta palavra. Como dito, ordem vai ser seu significado sempre estabelecido a partir de quem analisa. Como se aferir, por exemplo, quantitativamente, que determinado espaço está em Ordem ou em Desordem? Pode ser que para uma pessoa o espaço esteja em Ordem, uma vez que todos os objetos

---

<sup>1</sup> Utiliza-se o termo anemia semântica como forma de associação para ilustrar a ausência de uma clareza etimológica desse conceito. Trata-se de um termo sem significado certo.

estão em seus devidos lugares, mas para outra pode estar em Desordem porque há música alta.

Da mesma forma ocorre que o conceito de público, igualmente aberto e abstrato. É considerado público aquilo que é de todos, da coletividade, ou seja, que não é individual. Quando se se prende para proteger a ordem pública, qual é a abrangência do Público? Se está a proteger a coletividade propriamente dita, incluindo brancos, pretos, favelados e ricos, ou quando o Judiciário visa a proteção da ordem pública a partir do aprisionamento está visando a proteção de seus pares?

Na medida em que as palavras ordem e público não possuem um significado objetivo, diferente não seria o problema envolvendo a junção de ambas as palavras ao formarem o conceito ordem pública.

Acerca de dispositivos legais que trazem conceitos indeterminados e vagos tais como ordem pública, Barroso afirma que:

Por vezes, uma regra conterà termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada (BARROSO, 2001, p. 37).

Nesse mesmo sentido, segundo Fabretti:

É preciso que se tenha consciência de que o conceito de ordem pública é indefinido, indeterminado, impreciso, elástico, plástico, instável, etc., inclusive porque, além de tudo, carrega uma forte carga cultura/consuetudinária (FABRETTI, 2013, p. 135).

Tal vagueza acaba por dar espaço a um discurso de ordem pública, que não significa propriamente a busca por uma sociedade em ordem, alinhada, organizada e onde haja paz social. Um dos objetivos desta pesquisa, é justamente analisar o que é considerado ordem pública a partir da análise de decisões de Juízes Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal conceito está previsto no artigo 144, *caput*, da Constituição Federal, que estabelece que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]” (BRASIL, 1988).

Presente também tal conceito no Código de Processo Penal, no artigo 312, como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, além da ordem econômica, instrução criminal e aplicação da lei penal (BRASIL, 1941).

Tanto a Constituição Federal, quanto o Código de Processo Penal, apesar de citarem ordem pública como um valor ou um bem jurídico, não tratam nem de longe de lhe conceituar.

Percebe-se, através destas redações uma clara indefinição semântica que impossibilita uma conceituação minimamente segura sobre o que de fato é a ordem pública para uma sociedade.

No caso de ordem pública, este presente dentre as espécies de indefinições semânticas, a denominada vagueza, que seguindo Moura:

A vagueza é um dos tipos de indeterminação semântica, e ocorre quando não se pode determinar (em função do próprio conteúdo semântico) se uma determinada palavra se aplica ou não a certos objetos, gerando proposições indefinidas quanto ao valor de verdade. Por exemplo, “Bill Clinton é gordo” pode ser verdadeira ou falsa, dependendo da definição de “gordo” (MOURA, 1999, p.58).

Ainda sobre a dificuldade de delimitar-se o conceito de ordem pública, abordando a carga subjetiva do juiz como ingrediente interpretativo, Gomes Filho afirma que:

A ideia de “ordem pública”, longe de representar um conceito que pode ser corretamente delimitado, constitui um recurso retórico do legislador, utilizado “com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica” e que implica “a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica. Cuida-se no dizer de Warat, de uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos: assim, quando o legislador utiliza, está autorizando aos juízes emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas que, “sob a aparência de definições empíricas, encobrem juízos de valor.” (GOMES FILHO, 1991, p. 66).

Machado (2005, p. 112) chama atenção para toda a carga ideológica que circunda a conceituação de Ordem Pública e alerta que uma visão maniqueísta desse termo que pode ser pautada pela moralidade e visão de mundo a partir da própria realidade do intérprete.

Está aqui um elo importante de ligação deste escrito, qual seja, o espaço deixado pelo conceito ordem pública que passa a ser preenchido pela visão

individual de cada magistrado. Por isso avançaremos abordando aspectos da teoria da decisão a partir de uma incursão no inconsciente do juiz e sua carga ideológica.

Neste norte, conceito de ordem pública poderá variar a partir de uma série de fatores sociopolíticos além do subjetivismo do intérprete, mas também do momento político em que é enfrentado, bem como no inimigo que se busca enfrentar (GOMES; ZACKSESKI, 2016, p. 117).

Por isto trabalharemos em determinado momento deste trabalho certos conceitos da criminologia crítica que denunciam a atuação da estrutura estatal no sentido de perseguir certos grupos pré-condicionados a receberem toda a carga de estigma, logo estando na mira do sistema punitivo-estatal. É necessário desde logo destacarmos que o conceito ordem pública, vago como já foi dito, acaba por estar a serviço desta estrutura seletiva, até mesmo porque foi desenvolvido para se prestar a esse fim, ainda em outros tempos conforme será demonstrado.

Como já mencionado, a imprecisão semântica acaba por dar espaço a um discurso de ordem pública, que não significa propriamente a busca por uma sociedade em ordem, alinhada, organizada e onde haja paz social, mas sim diz respeito a um discurso político que surge geralmente justificado pelo “acautelamento” do meio social.

Para que se possa evoluir nesta pesquisa não podemos deixar de realizar uma contextualização histórica do conceito ordem pública e demonstrar sua carga ideológica. Logicamente não faremos uma profunda incursão em todo o trajeto deste conceito no Direito brasileiro, o que certamente demandaria um trabalho científico apenas para tal fim, mas buscaremos demonstrar que o momento histórico em que tal conceito é introduzido no ordenamento brasileiro e o contexto ideológico da época demonstram que ordem pública se trata de um fundamento recheado de autoritarismo.

### 2.3 O CARÁTER NÃO INSTRUMENTAL DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

Após abordarmos a construção autoritária do conceito de ordem pública, que se solidifica a partir da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, é preciso mencionarmos que este mesmo diploma legal ampliou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e restringiu as hipóteses de liberdade provisória

propondo um sistema onde a restrição da liberdade do acusado durante o tramite processual deixou de ser exceção (GLOECKNER, 2018, p. 401).

Importante consignarmos, que a prisão preventiva como toda e qualquer medida cautelar, tem (ou deveria) ter natureza exclusivamente processual, ou seja, ser utilizada para garantir a eficácia do procedimento ao seu final.

Está a se dizer que uma medida cautelar não pode ter finalidade que extrapole os fins do processo.

Neste norte, ensina Delmanto Junior:

Acreditamos, igualmente, que a característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório (DELMANTO JUNIOR, 2003, p. 83).

No mesmo norte, Nicolitt, (2011, p. 69) afirma que a prisão preventiva se torna inconstitucional quando não tem por finalidade preservar o próprio processo, na medida em que se tem função satisfativa e objetiva promover algum tipo de tutela à ordem pública se reveste de pena, que obviamente não tem espaço antes do fim do processo.

Segundo Gloeckner a prisão preventiva após o código de 1941 fica cada vez mais longe de ser uma categoria de natureza processual que vise acautelar o bom andamento do procedimento, mas sim, passa a ter lugar como estratégia de controle e segurança pública na esteira do que ocorreu na Itália fascista:

O tecnicismo brasileiro, quando trata da prisão preventiva, expõe ainda mais do que nunca o mesmo sincretismo consolidado na doutrina italiana, que se valia das teorias positivistas, dando-lhes uma nova roupagem. A afirmação de que a prisão preventiva poderia assumir as feições de uma medida de segurança expõe a nu esta dimensão, o que afasta – ao menos neste ponto, para ser otimista – o tecnicismo brasileiro de uma orientação liberal, nada obstante diversas homenagens a “maestros do liberalismo processual penal”, mas que no fundo estavam impregnados pelas doutrinas autoritárias produzidas no período mussoliniano italiano (GLOECKNER, 2018, p. 405).

Neste norte, especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988 se faz inadmissível a violação de direitos individuais através da utilização da prisão preventiva com o objetivo de controlar questões sociais de paz e tranquilidade social, que são deveres dos órgãos de segurança pública e não do judiciário através

de um instrumento processual que como visto teria competência apenas para assegurar o bom andamento do processo criminal.

O que se percebe é que o Código de 1941 não só no que diz respeito à prisão preventiva procura entregar ao processo penal a missão de controlar uma série de questões relacionadas a criminalidade que teriam como responsáveis as forças de segurança pública e não o judiciário.

Tenta-se fazer crer sob a ótica de um aparente estado de direito de matriz democrática que o sistema de justiça criminal tem legitimidade para promotor a defesa social contra os delinquentes.

Neste pensar Felipe Lazzari ensina que:

a partir de 1941, o autoritarismo no processo penal brasileiro passou a repercutir um imaginário inquisitório exatamente nos moldes conforme reatualizado pelo tecnicismo jurídico quando na década de 1930, sob a supervisão de Mussolini, introduziu a razão fascista no campo da justiça penal. Diante do que foi exposto no segundo capítulo, resta claro que o tecnicismo-fascista alavancou uma concepção autoritária de processo penal que encontrou ressonância na tradição jurídica inquisitória pré-existente e na cultura baseada no uso da força em detrimento dos meios pacíficos de solução de problemas de natureza social (dentre eles o da criminalidade), características que, no caso do Brasil, que ainda não debelou o legado daquela orientação, nos auxiliam a compreender a preferência sem constrangimento pelas práticas antidemocráticas no campo, como o uso banalizado da prisão preventiva e de outras medidas restritivas que afastam os direitos à liberdade, à intimidade, etc (LAZZARI, 2020, p. 253).

Perceptível então que tanto o conceito Ordem Pública possui estrutura autoritária quanto a sistemática da prisão preventiva após o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, propõe uma utilização não instrumental dessa medida, sendo ela utilizada de maneira distorcida pelo judiciário como estratégia de promover a ideologia da defesa social através de estratégias de controle em uma clara prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais.

Este caráter instrumental que deveria fundamentar a prisão preventiva, mas que como visto fica ainda mais distante da sistemática processual penal brasileira após o código de 1941 dá lugar ao uso abusivo desse instrumento de exceção, se passando a utilizá-lo como forma de política pública de segurança urbana.

Neste sentido é a lição de Paulo Rangel:

[...] não podemos confundir prisão cautelar com política séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País. Se há roubo, homicídios, estupros, etc, correndo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culpamos o judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso (RANGEL, 2009, p. 712).

Realizado então um recorte histórico acerca do ambiente político no qual a prisão preventiva como garantia da ordem pública passa a assumir protagonismo no sistema processual penal brasileiro, deixando de ser uma medida cautelar de caráter instrumental e passando a figurar como um instrumento de antecipação de pena, no próximo tópico de que forma vem se materializando este abuso do encarceramento provisório no Brasil.

#### 2.4 O ABUSO DO FUNDAMENTO “DA ORDEM PÚBLICA” PARA UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Realizada uma análise sobre a carga autoritária que habita o conceito ordem pública, além de abordarmos a indefinição semântica deste fundamento, necessário agora para o avanço da presente dissertação, realizar uma incursão sobre a utilização desse discurso dentro do sistema de justiça criminal brasileiro atualmente.

Felipe Lazzari afirma que o sistema processual brasileiro mesmo pós CRFB/88 mantém inúmeros traços da racionalidade fascista, citando o abuso da prisão preventiva como um dos traços em que é possível tal identificação:

Os inúmeros julgados que chancelam o uso banalizado e desarrazoado da prisão preventiva, muitas vezes com justificativas estranhas à natureza cautelar da medida, que não raras vezes baseadas nos velhos argumentos positivistas (p. ex., prisões de cautelares fundamentadas na periculosidade do acusado, muitas vezes inclusive primários e de bons antecedentes (LAZZARI, 2020, p. 270).

Não obstante a lei processual prever 4 (quatro) fundamentos para a decretação o da prisão preventiva, a garantia da ordem pública é sem sombra de dúvidas aquele que tem maior incidência no encarceramento provisório brasileiro.

Neste norte, apesar de o termo ordem pública estar previsto em diversos códigos normativos do direito brasileiro, para a presente pesquisa, nos interessa analisar a apropriação deste termo pelo sistema de justiça criminal, especialmente no que diz respeito a prisão preventiva baseada na proteção à ordem pública.

A possibilidade de se decretar a custódia cautelar de uma pessoa para garantia da ordem pública está prevista desde 1941 a partir da redação inaugural do Art. 312 do Código de processo penal (BRASIL, 1941).

Nesta esteira, a possibilidade de se determinar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública não deve ser analisada sob a perspectiva dos problemas conceituais e de base autoritária de ordem pública, mas sim deve ser enfrentada sob a perspectiva da utilização imoderada da prisão cautelar atualmente no Brasil com este fundamento, o que reflexa substancialmente no encarceramento.

Segundo o último Relatório do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN<sup>2</sup>, realizado no final de 2019, 29,75% da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios, o que representa 222.558 pessoas presas aguardando julgamento.

Deste número, desnecessário consignar que a esmagadora maioria se reveste em prisões preventivas, até mesmo pela natureza da prisão temporária, que por durar curto prazo sequer chega a ter relevância nesses índices.

Em se tratando de prisão preventiva, segundo a redação do Art. 312 do Código de Processo Penal, está “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (BRASIL, 1941).

Necessário consignar, que, não obstante existirem também decisões que decretam a prisão preventiva pelos demais fundamentos previstos no art. 312, o mais utilizando é a garantia da ordem pública por tratar-se justamente de um conceito aberto e indeterminado. Há uma facilidade de se realizar um encaixe retórico ao caso concreto por parte do magistrado que mesmo que não haja um

---

<sup>2</sup> Relatório DEPEN 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>

motivo legítimo para o acautelamento provisório acha-se uma justificativa quando se afirma estar protegendo a ordem pública, que como não sabe-se direito o que é, se torna difícil igualmente a contestação desse argumento (LOPES JR, 2016, p. 635).

Sobre o tema, Tourinho Filho afirma que:

Quando se decreta a prisão preventiva como 'garantia da ordem pública', o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão 'ordem pública' diz tudo e não diz nada (TOURINHO FILHO, 2003, p. 509-510).

Outro crítico do fundamento ordem pública é José Afonso da Silva, que sobre o tema defende o seguinte:

Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia. Ordem Pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crime (SILVA, 2007, p. 777-778).

Desta forma, a crítica aqui proposta e compactuada pelas bases teóricas acima expostas é no sentido de que a prisão preventiva deixa completamente de lado o caráter instrumental que vise acautelar o procedimento, mas sim passa agir como instrumento de defesa social no sentido de proteção ao indivíduo supostamente perigoso em razão do cometimento de algum crime.

Há neste norte, como visto, grande resistência que parte da doutrina processual penal progressista a respeito da prisão preventiva fundamentada na ordem pública, havendo inclusive quem defenda sua inconstitucionalidade, uma vez contrariar o princípio da presunção de inocência.

A abordagem até aqui realizada deve funcionar como base teórica introdutória, uma vez fixados pontos necessários antes de se analisar efetivamente as decisões judiciais.

Ainda, além destes tópicos que propõem uma contextualização histórica e conceitual de ordem pública, é preciso abordarmos a necessidade de que uma pesquisa dessa natureza seja instrumentalizada a partir da análise do discurso.

Isto quer dizer, que se tratando de um termo com os já demonstrados problemas de base ideológica e construção semântica, não podemos enfrentar a

problematização apenas a partir do conteúdo etimológico, mas sim, verificarmos as bases e estruturas da ordem pública como um discurso.

Neste norte, este capítulo da presente dissertação teve como objetivo inicialmente abordar ordem pública sob o enfoque sócio-histórico e demonstrar que sua previsão dentro da estrutura normativa brasileira representa claramente uma estratégia de defesa social em detrimento das liberdades e da cidadania, além de ser proposto um debate acerca dos defeitos linguísticos que habitam esse fundamento. Por fim fez-se um recorte acerca daquela que é a hipótese de maior utilização desse conceito na sistemática processual penal brasileira, qual seja a prisão preventiva.

Tal abordagem se faz necessária para que se passa agora mudar o enfoque da abordagem e partir para uma análise do sujeito que aplica o fundamento ordem pública na *práxis* jurídica. Ou seja, com todos os defeitos apontados no capítulo anterior, importante dar-se atenção teórica para o juiz criminal brasileiro e realizar um recorte dessa figura sob a perspectiva humana e habitada por uma série de influências não conscientes que conduzem o processo decisório

### **3 O *SECOND CODE* - O CÓDIGO IDEOLÓGICO DA MAGISTRATURA**

Para a continuidade da presente pesquisa e que se possa avançar sobre o debate, impossível deixar de abordar, conforme apontado anteriormente, os aspectos ideológicos que habitam os aparelhos estatais.

Isso porque ao realizar-se uma crítica acerca da utilização do discurso de ordem pública que é proferido por juízes e desembargadores, necessário abordar o estado como estrutura que possibilita que seus agentes materializem em decisões judiciais aspectos ideológicos.

Neste sentido, “a ideologia passa então a ser o sistema das ideias, das representações, que domina espírito de um homem ou de um grupo social” (ALTHUSSER, 1980, p. 69).

A questão é entendermos como essas ideias se formam em uma pessoa e quais os aspectos subjetivos que farão um sujeito aderir a determinada ideologia.

Segundo Althusser a ideologia tem íntima relação com ideias advindas de sujeito após determinado comportamento que passa a fazer parte de sua existência. Assim, determinada pessoa a partir de sua condição de existência e modo de agir passa a se relacionar imaginariamente com conceitos advindos daquele modo de vida, que variará a depender da classe e posição no sistema produtivo. Isso significa que a ideologia de uma pessoa dependerá da condição de existência de um sujeito e dos aspectos reais a que está submetido. Se está a dizer que o sujeito não só age em função de sua ideologia, mas sim adquire uma ideologia a partir da forma que age repetidamente, que por sua vez dependerá da sua condição de existência (ALTHUSSER, 1980, p.87-91).

O ponto chave é se perceber que ninguém escolhe a ideologia que irá carregar. Isso dependerá de uma série de aspectos subjetivos de sua forma de viver e da maneira que se relaciona imaginariamente sobre suas práticas cotidianas.

Prado, Martins e Carvalho (2012, p.92) compara a ideologia com os mitos, uma vez que são cogitações realizadas pelo sujeito que fazem nascer ideias que por sua vez se perpetuam na estrutura social, passando a influenciar de forma determinante nos fenômenos da sociedade tornando invisíveis toda uma outra gama de visões sobre os fenômenos que se analisa. É como se inconscientemente o sujeito ignorasse diversas formas de enxergar um objeto na medida em que se

encontra pré-condicionado a partir de sua ideologia a enxergar-lhe de determinada maneira.

Nesta esteira, Cirino dos Santos (2008, p. 6-7), entende que a decisão do Juiz Criminal jamais será neutra, meramente racional, mas sim orientada por uma série de subjetividades que variarão de acordo com as experiências de vida do magistrado

A demonstração da importância que a ideologia ocupa na atividade decisória do juiz brasileiro permitirá uma abordagem acerca da instrumentalização do discurso de ordem pública não como forma de promoção de paz social e bem estar à coletividade, mas sim como uma forma velada de controle social, na medida em que não estão ao juízes, ao prender com base na ordem pública buscando garantir um estado de normalidade na sociedade e controle de violência para todos, mas sim promovendo a proteção dos extratos sociais dominantes a partir de uma estratégia seletiva e marginalizante de autoproteção com base em uma ideologia excludente pré-concebida.

A respeito da complexidade das decisões judiciais e da carga ideológica do magistrado, Andrade (2012), conceitua o código ideológico como *Second Code*, assim o delimitando:

O *second code* (código ideológico latente) judicial é o que geralmente pauta e condiciona, efetivamente e a priori, as decisões, mas não se submete à obrigação de motivação fática e jurídica da sentença, permanecendo, por isso, invisível e fora do controle público. [...]. Ora a sentença penal é muito mais complexa do que uma exclusão/imputação de responsabilidade penal baseada nos códigos legais e no código tecnológico dogmático, os quais, ao serem invocados, não cobrem nem revelam o *second code* judicial, nem os processos de influência que, excluídos e predominados sobre aqueles, condicionam real e latentemente a seletividade das decisões judiciais (ANDRADE, 2012, p.224, 225).

Acerca desses aspectos invisíveis que constituem o juiz e condicionam sua atividade decisória, que Vera Regina chamou de *Second Code*, nos ensina Juarez Cirino dos Santos, que:

Absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, por sua vez desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc. Conhecer as premissas ideológicas do poder punitivo é condição para reduzir a repressão seletiva do Direito Penal, mediante

prática judicial comprometida com o valor superior da democracia (SANTOS, 2008, p. 6-7).

É preciso neste norte, se ter noção de que quando o juiz criminal aplica o conceito de ordem pública ou qualquer outro conceito jurídico presente no texto normativo, ele não está se baseando apenas no que diz a lei, mas sim, pré-condicionado a partir de suas experiências de vida que irão ditar as balizas morais, ideológicas e políticas na sua tomada de decisão, ou seja, é sua visão de ser-no-mundo que será o fio condutor de suas ações e reações.

Neste rumo, Siches (1973, p. 242) entende que, realmente o juiz decide por intuição e não por uma inferência ou silogismo dos que se estudam na lógica; decide por uma certeza que se forma de modo direto e não em virtude de um raciocínio.

É uma abordagem do juiz como humano, como sujeito vulnerável à um processo de pré-compreensão.

Morais da Rosa (2015) afirma o seguinte:

Como humanos, todavia, julga-se ao longo de toda a partida processual penal. Há sempre uma antecipação do sentido, inautêntica, ou seja, uma maneira mais fácil de resolver a questão, sem que a reflexão – que dá trabalho e toma tempo – seja acionada. Talvez seja caso de suspendermos as certezas, mas sem um ceticismo visceral, e acolhermos certa margem de incerteza no processo, com o acolhimento das emoções como variável e também do inconsciente – uma fratura do sujeito moderno-, via psicanálise (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 35).

Baratta trata dos estereótipos e preconceitos do Juiz na atividade decisória criminal:

Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isso não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série de chamadas “teorias de todos os dias”, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto o caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressentem, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de

se esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos proveniente dos estratos inferiores (BARATTA, 2017, p. 177-178).

É preciso, contudo, ressaltar, que o *Second Code* não é um aspecto a ser considerado apenas no âmbito do sistema de justiça criminal, mas também em diversos outros segmentos da sociedade, uma vez que a ideologia não manifestada nos códigos convencionais também tem espaço em escolas, igrejas, e outros espaços de convívio social, operando como um fator determinante – mas não aparente – nas relações humanas. Ou seja, quando um professor ou um líder religioso propaga uma mensagem, apesar de aparentemente estar seguindo uma doutrina isenta e objetiva, carrega em sua atividade uma série de impulsos ideológicos que determinarão o conteúdo que será repassado (ZAFFARONI, 2011, p.70).

Partindo da premissa que toda decisão judicial, ou mesmo qualquer texto, possui além de seu significado aparente um conteúdo ideológico que opera de forma encoberta, qualquer análise dos significados e significantes deve tentar desvendar essas influências ideológicas a partir de onde estão posicionados social e historicamente aqueles que escreveram, para que se verifique as reais intenções.

A conclusão trazida pela criminologia crítica sobre tais aspectos não legais que condicionam a atividade decisória auxiliou no deslocamento da análise do crime a partir da lógica etiológica, onde o foco eram as pessoas etiquetadas como delinquentes e as causas de suas delinquências, passando a se dar maior atenção a própria produção normativa e a um *second code* que representa a visão estereotipada dos aplicadores do direito a respeito da própria figura do criminoso que já é pré-estabelecida (ANDRADE, 2003, p. 55).

No caso da presente pesquisa, uma análise de decisões judiciais que decretam prisões preventivas com fundamento na garantia da ordem pública obrigatoriamente precisa abordar com atenção o sujeito-juiz nesse processo de tomada de decisão que deverá ser analisado sob a sua posição de ser-no-mundo (PRADO; MARTINS; CARVALHO, 2012, p. 119-120).

Desta forma, se há um código ideológico que orienta a magistratura além do código normativo, certamente aquele está condicionado a partir da vivência do juiz como ser humano integrante a uma realidade social individual que irá variar em cada contexto. Por isso se faz importante então realizar-se uma abordagem sob o

magistrado(a) como alguém que irá tomar decisões a partir de sua posição de ser-no-mundo.

### 3.1 O JUIZ COMO SER-NO-MUNDO

Para que se possa realizar uma abordagem interligada do problema gerado pelo discurso da ordem pública a partir de uma análise do subjetivismo do julgador, é preciso distância do senso comum teórico dos juristas nas palavras de Warat (1994, p. 57), e como já dito na introdução desta dissertação, de uma aproximação com uma visão transdisciplinar do direito, no sentido de realizar um diálogo entre diversas áreas do saber para que cheguemos o mais perto de um garantismo criminologicamente fundamentado conforme defendeu Andrade (2012, p. 231-232). Ocorre, que tais teorias críticas que contestam a dogmática tradicional acerca da decisão judicial, enfrentam uma grande resistência por parte daqueles que deveriam ser os mais interessados: Os magistrados.

Conforme já mencionado, são raros os juízes criminais que descem da posição divina e se submetem a uma comparação com os demais seres humanos no sentido de assumir que carregam as corriqueiras fraquezas humanas.

Neste sentido, o autoritarismo que hoje encampa os tribunais, aqui especialmente analisado sob o enfoque da utilização discricionária e exagerada do discurso de ordem pública, se deve em parte a concepção dos juízes de que são livres para decidir conforme suas consciências.

Garantias constitucionais e infraconstitucionais são sistematicamente violadas pelo judiciário brasileiro porquanto não há por parte da maioria dos magistrados, a consciência de que não são eles que ditam as regras do jogo.

A pressão popular e a exploração midiática acerca dos altos índices de criminalidade gerados pelas décadas de ausência do poder público, tem sido diuturnamente combustíveis para que o judiciário se afaste da legalidade e passe a agir ativamente como órgão de segurança pública, resgatando – ou nunca abandonando – a ideologia da defesa social fortalecida no Estado Novo. São deixados de lado nestas cruzadas morais em busca da paz e tranquilidade social os limites estabelecidos pelo próprio direito.

A ideia de que o juiz julga somente conforme sua consciência, alheio a influências internas, é chamada de Solipsismo<sup>3</sup>. Neste norte, é conceituado como solipsista o sujeito que rejeita a ideia de que suas ações no mundo refletem tudo aquilo que foi absorvido durante sua existência através das experiências de vida.

O solipsismo judicial não chegou a ser defendido seriamente como teoria, até mesmo pela ausência de bases teóricas, mas está inserido de forma efetiva no imaginário dos juristas, em especial através do princípio do livre convencimento motivado, que se demonstra como ferramenta utilizada pelos magistrados para em suas decisões decidir da forma que bem entendem, uma vez que sendo livre, não deve observar qualquer limite interpretativo. É a chamada filosofia da consciência<sup>4</sup>.

Contrariando a filosofia da consciência, Streck assim se posiciona:

Todavia, a hermenêutica sabe que o ato de interpretação modifica criativamente o mundo. Isso por algumas questões que são de há muito conhecidas no campo da hermenêutica filosófica) pelo menos desde a primeira edição de Verdade e Método, em 1960), mas que a comunidade jurídica ainda ignora, ou, na melhor (ou seria pior?!) das hipóteses não as articula corretamente. Quero dizer que a hermenêutica sabe que todo intérprete está tomado por sua situação hermenêutica e que é a partir dela que ele projeta sentidos. Portanto, essa primeira constatação faz com que tenhamos uma consequência para o direito: é impossível para o intérprete saltar sua situação hermenêutica e regredir ao tempo da feitura do texto. Aliás, isso representaria – além de uma parca ilusão – um significativo prejuízo, já que a distância temporal é o elemento que possibilita ao intérprete compreender o texto que o interpela. (STRECK, 2014, p. 329-230).

As conclusões que alcançamos por conta desta mencionada situação hermenêutica e a compreensão individual de cada um sobre um objeto não são exatamente subjetivas, mas sim intersubjetivas, ou seja, dependem daquilo que o sujeito compartilha com todos durante sua existência, o que é chamado pela hermenêutica de tradição.

A compreensão, “nunca é um projeto isolado – realizado por um *solus ipse* – mas é sempre um projeto compartilhado. Nunca se compreende sozinho.

---

<sup>3</sup> O “decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei. (STRECK, 2010, p.30)

Sempre se compreende com o Outro, ainda que esse Outro não seja visível, fisicamente.” (STRECK, 2014, p. 330)

No pensar deste autor, entre a criação do texto normativo, e o momento de interpretação por parte de quem o aplica, há conseqüentemente um lapso temporal, com diversos acontecimentos levando o sujeito ao fenômeno que chama de situação hermenêutica, que é sua e de mais ninguém.

A situação hermenêutica varia de pessoa para pessoa, e se forja a partir das experiências vivenciadas pelo sujeito em conjunto com outras pessoas em seu meio de convivência. Tal situação hermenêutica fará com que cheguemos a tradição, que é a compreensão coletiva sobre determinado significado e que acabamos por aderir a partir de determinada convivência.

Em outras palavras, somos nós e aquilo que os outros compartilham conosco. Os livros que lemos, as pessoas com quem nos relacionamos, os lugares que frequentamos, o estrato social ao qual fomos submetidos, ou seja, nossa tradição.

E, sobre a construção intelectual de julgadores, essa percepção ganha relevo. Para Alberto Silva Franco, por exemplo:

A apreensão da realidade social, a percepção de que lida, antes de tudo, com conflitos e não com consensos, e a compreensão de que o processo não é um monte de papéis, mas representa a expectativa, a pretensão, a tutela ou a proteção de um ser humano concreto, de carne e osso, permitirão que o juiz tenha uma perspectiva do mundo menos estamentada e corporativa e bem mais democrática. Essa cosmovisão deve ser acompanhada de uma captação de conhecimentos que não se circunscrevem à área do Direito. Economia, Sociologia, Política, Psicologia, Antropologia, Bioética, Criminologia e assim por diante, tudo isso deve tirar o juiz de seu isolamento imperial para levá-lo a uma compreensão facetada da realidade social. Cultura judicial, sim, mas sempre acompanhada de cultura geral porque ambas devem conviver na mesma figura humana. Com esse tipo de formação, será possível desenhar o novo perfil do juiz, em condições de atuar na sociedade de exclusão social. Só esse juiz, com a mudança radical de sua maneira de perceber e de compreender seu papel na complexa sociedade atual, terá condições de com o grau necessário de efetividade, obstar as vulnerações dos direitos humanos. (FRANCO, 2004, p. 3)

Neste passo, o solipsismo diz justamente o contrário, esta perspectiva vislumbra a cognição humana como fruto de sua própria consciência, como se esta fosse dotada de nascimento e vida própria, sem a interferência de tudo aquilo que nos cerca.

Khaled Jr. ressalta a preponderância da tradição na atividade cognitiva:

O importante é ter em mente que essas reflexões não têm o mero sentido de superação de paradigmas, pois o que está sendo dito neste momento não é que o juiz deva agir de uma forma ou de outra, de acordo com o paradigma x ou y; o que está sendo dito é que quando um juiz assume o horizonte metodológico moderno ele não está partindo de um zero absoluto em busca de conhecimento, mas sim está partindo de um lugar dado por essa tradição investigativa, que irá condicionar o tipo de leitura do real que é muito peculiar a ela. Um tipo de leitura que não é a única possível e que não conforma um horizonte metodológico científico e neutro e, logo, apto a alcançar a verdade, pois toda leitura será condicionada pelo pertencimento a uma tradição (KALHED JR, 2013, p. 510).

Tais conclusões no sentido de que o Juiz ao apropriar do discurso de ordem pública não parte de um zero absoluto é extremamente importante para que se avance nas conclusões da presente pesquisa.

Levando em conta que “O Julgador é uma pessoa física, com endereço, CPF (Cadastro de Pessoas Físicas), família e problemas” (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 143), um grande passo na direção de um processo penal criminologicamente fundamentado e assentado em bases democráticas, que dialogue com o contexto social e não fundamentado na dogmática tradicional dar-se ia pela compreensão da magistratura brasileira que que aquilo que um juiz decide é determinado pela posição em que está inserido na vida. É mais do que está, na que esteve desde sua concepção. Se viveu uma infância pobre, rica, triste, feliz, com familiares, sem familiares, sem foi criado pela avó, pelo pai, pela mãe, pelos tios, ou se cresceu em um orfanato.

Esta simples compreensão faz com que passamos a deixar de acreditar em uma absoluta verdade, e assim passemos a aceitar várias conclusões sobre um objeto. Neste passo, ciente o juiz de que não é livre para julgar e que sua consciência traz vários pré-conceitos, poderemos ingressar em um debate mais sério sobre o abuso das prisões preventivas fundamentadas no discurso da ordem pública.

Ainda acerca da complexidade que consiste no julgador, logo, no ato de julgar, e a necessidade de diálogo com outras ciências, tais como filosofia, antropologia e psicanálise, Lopes Jr. afirma que:

O ato de julgar, e todo o complexo ritual judiciário, não é algo que possa ser pensado – exclusivamente – desde o Direito, pois precisa dialogar, em igualdade de condições, com a Filosofia. Também não é um tema puramente filosófico, porque além de jurídico, é antropológico, pois nosso juiz é um ser-no- mundo, que jamais partirá de um grau zero de

compreensão (ou significação), inserido que está na circularidade hermenêutica. Para além disso (muito além...), é o juiz um filho da flecha do tempo (dromologicamente pensada, com Virilio e outros), de uma sociedade em busca de valores (Prigogine e Morin). Une-se (ou funde-se) a essa liga científica, a psicanálise, pois acima de tudo, estamos diante do *sentire* de um juiz-no-mundo, que precisa julgar outro sujeito, e o faz através da Linguagem. Até mesmo a neurociência é chamada ao profícuo diálogo, pois não se pode mais insistir no “erro de Descartes”, parafraseando António Damásio, e não há ponto final aqui, nem poderia haver (LOPES JR, 2016, p. 877).

Percebe-se que o autor ressalta a necessidade da comunicação entre as mais diversas áreas do saber para que possamos pensar de forma mais coerente sobre o ato de julgar.

Streck (2014, p. 330-331) elege a crítica hermenêutica do direito como uma importante ferramenta para que seja desvelado aquilo que o juiz absorve em seu cotidiano através da já mencionada tradição, e que irá influenciar diretamente na análise fática e histórica do processo judicial.

O autor afirma que é impossível uma análise do direito desprendida da sociedade em que ele é aplicado, asseverando que o sentido do sujeito vem sempre antecipado à sua compreensão.

No mesmo caminho é a obra de Moraes da Rosa (2015), sobre as circunstâncias que determinam o ser do juiz:

Um novo plano para análise da construção de decisões jurídicas demanda perceber as condições extra-discursivas que co-determinam o discurso jurídico, como efeitos da política, ideologia e pessoais – (in)conscientes -, ou seja, os determinantes conotativos que estão no campo da semântica, colmatados a partir do senso comum teórico, em cotejo com a singularidade do caso e do julgador. Desse jogo processual dado surge a decisão. Equipara-se ao que Veyne indica como um evento semântico, um acontecer no tempo, espaço e lugar, no qual ocorre, um acertamento de significantes, sendo preciso uma certa congruência narrativa, movida por condicionantes (in) conscientes materializados no ato decisório, seu limite temporal (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 97).

Conforme Bueno de Carvalho (2002, p. 5), o juiz, diante de toda a sorte de experiências pessoais possíveis, estas aptas a desenvolver neuroses, obsessões, paranoias, psicoses, dentre outros conflitos, ao condenar o réu na verdade está condenando a si mesmo, demonstrando de forma metafórica que todas as particularidades inerentes à existência do magistrado influenciarão na sua tomada de decisão.

É necessário ainda mencionarmos, que quando abordamos as influências do mundo as quais o juiz é submetido e que acabam por condicionar sua ideologia, não estamos nos referindo apenas de questões que ocorreram durante sua existência, mas também estímulos coletivos arraigados na sociedade desde as gerações passadas que acabam inconscientemente a fazer parte da forma de agir das pessoas.

Neste sentido, ensina Melchior (2013):

É plausível aceitar, sob este ponto de vista, que há algo a habitar os níveis mais profundos de inconsciente, instaurando conteúdos coletivos relativamente ativos no psiquismo no homem ocidental e, conseqüentemente, no julgador, imerso que está no mundo do ritual judiciário que o leva a reviver a cada dia a simbologia que aproxima do lastro histórico inquisitivo (MELCHIOR, 2013, p. 46).

A respeito disto, Garapon (1997, p. 86) afirma que “o corpo do sujeito torna-se uma superfície ativa que age por si mesma e que o faz agir. O ator é apenas um só com a sua vestimenta, a qual confere a sua forma e a sua razão de ser social”.

São todos estes elementos demasiadamente humanos que fazem do juiz um ser-no-mundo, o que nos obriga a discutir qualquer tipo de decisão judicial, ou de processo decisório sob a perspectiva da própria humanidade e não apenas do direito.

Tal enfrentamento da posição de juiz como ser social, ou ser-no-mundo, tem por objetivo superar a ideia de um juiz julgador dotado de razão, como se nada mais existisse além de sua ponderação sobre argumentos fáticos e jurídicos.

Entendemos que qualquer tipo de pesquisa de que busque de forma honesta abordar qualquer tipo de decisão judicial deve se debruçar sobre os aspectos não visíveis do processo decisório para que se possa compreender de forma mais completa enfrentar o problema.

Trata-se de reconhecer que quando um sujeito analisa determinado objeto, a análise será sempre realizada a partir de sua subjetividade, não sendo diferente quando se trata da atividade decisória judicial. Quando um magistrado profere uma sentença ou uma decisão interlocutória analisando determinada questão processual, há neste momento uma infinidade de questões invisíveis que

não podem ser ignoradas, sendo necessária a superação da ideia de que a decisão é um aro meramente racional.

### 3.2 RAZÃO E SUBJETIVISMO

Com base no que foi dito no capítulo anterior é preciso se analisar com cautela as bases teóricas propostas pelo racionalismo cartesiano, na medida em que a posição do sujeito e sua subjetividade têm grande importância na compreensão sobre o objeto, conforme ensina Lídia Reis de Almeida Prado:

A teoria da relatividade comprovou que as leis da natureza dependem da posição ocupada pelo observador. Esse fato atingiu o princípio físico segundo o qual tais leis existem por si mesmas, sendo necessárias e universais, não dependendo do sujeito do conhecimento (PRADO, 2013, p.49).

O objeto nunca é o objeto em si mesmo. No caso do presente trabalho, Ordem Pública não pode ser nunca interpretada como aquela da letra fria da lei, mas sim abordada a partir da subjetividade de quem a aplica e supostamente a protege a partir da utilização da prisão preventiva. Neste norte, Mariana Pimentel Fischer Pacheco ensina que:

Aberta a discussão sobre os limites do conhecimento humano, começamos a esclarecer as razões pelas quais consideramos ser impossível uma construção racional que esgote o real, que apreenda a alteridade de experiência concreta ou alcance a coisa como ela tal como ela é em si. É uma opção de bom senso dizer que o mundo que temos acesso corresponde a algo externo a nós mesmos, a algo existente. Isso posto, fica clara a importância de um aprofundamento da discussão a respeito da subjetividade, sobretudo no âmbito do pensamento jurídico, construído sobre alicerces extremamente frágeis, sobre paradigmas racionalizadores sobre a ideia do sujeito racional e onipotente, capaz de uma neutralidade (PACHECO, 2004, p 39).

Ou seja, é preciso produzirmos uma teoria do direito que se afaste da ideia de que o magistrado ao decidir uma causa, age de forma exclusivamente racional, como se fosse uma conta matemática onde analisa aspectos fáticos e legais e com base nisso decide.

Para que se possa dialogar sobre o discurso de ordem pública de forma a fazer uma crítica séria a este problema é preciso que se empreste o devido valor à

subjetividade humana e os componentes (i)racionais que o juiz criminal carrega ao decidir.

Melchior (2013, p. 32-33) neste norte, traz Freud como um marco teórico que desconstituí a hegemonia da razão, uma vez que o grande psicanalista passa a defender a ideia de que há muito mais na vida psíquica do que apenas a consciência, dando então espaço para que se estude o subconsciente, ou seja, tudo aquilo que influencia o homem na tomada de decisão, mas que de certo modo é imperceptível e incontrolável.

Neste mesmo sentido Garcia-Roza sobre subjetividade ensina o seguinte:

A subjetividade deixa de ser entendida como um todo unitário, identificado com a consciência e sob o domínio da razão, para ser uma realidade dividida em dois grandes sistemas – o Inconsciente e o Consciente – e dominada por uma luta interna em relação à qual a razão é apenas um efeito de superfície (GARCIA-ROZA, 1996, p.22).

Alexandre Morais da Rosa (2011, p.58) considera o subjetivismo como elemento de efetiva influência na tomada decisão, e critica o modelo de teorias jurídicas que vislumbram a decisão judicial amparada unicamente na lógica e razão:

Neste norte, afirma que o modelo de construção de decisões judiciais que surge com a modernidade é pautado pela lógica racionalista, com base em mero juízo de fato e de direito com base em regras e princípios, ignorando, contudo, o debate hermenêutico que se agiganta na metade do século XX.

Tal modelo traduz uma esperança na racionalidade, e tenta apresentar respostas definitivas e objetivas para questões extremamente complexas e que precisariam, de forma contrária, de uma abordagem transdisciplinar que desse atenção nas subjetividades do ser humano.

O modo de julgar moderno não superou a filosofia da consciência e mantém o discurso totalizante.

No mesmo norte, é a visão de Aury Lopes Jr.:

Não Existe Racionalidade sem sentimento, emoção, daí a importância de assumir a parcela inegável de subjetividade no ato decisório. Também isso contribui para desvelar a hipocrisia do discurso (paleo) positivista da “neutralidade do juiz”, além de evidenciar que o enfoque legalista (paleopositivismo) não é outra coisa que um mecanismo de defesa que o julgador lança mão para não introjetar sua sombra (LOPES JR, 2016, p.880).

No mesmo sentir é a obra de Piero Calamandrei, que ressalta o papel dos sentimentos na elaboração da sentença:

As premissas, não obstante seu nome, frequentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes. Com isso, não se quer dizer que o dispositivo surja às cegas e que a fundamentação tenha o único objetivo de mostrar como fruto de rigoroso raciocínio o que na realidade é fruto de arbítrio; quer-se dizer apenas que, no julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que a sentença deriva de sentir (CALAMANDREI, 1996, p. 177).

É de suma importância, portanto, que façamos uma análise crítica de uma comum justificativa de racionalidade de utilização do Fundamento de proteção à ordem pública para utilização da prisão. É extremamente necessário que diante da vagueza do conceito de ordem pública e de toda a carga subjetiva que está presente na atividade decisória, que enfrentemos o tema sob a complexa lente da psicanálise.

Esta ideia de racionalidade estrita na atividade decisória é o que autoriza o chamado decisionismo, que nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 36) é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social

### 3.3 O PAPEL DO INCONSCIENTE NA ATIVIDADE DECISÓRIA

Após a abordagem sobre a existência de um código ideológico da magistratura, da construção dessa ideologia a partir da posição do juiz como ser-no-mundo, e de ressaltar a importância da superação da ideia de racionalidade estrita para uma visão subjetiva do direito, conclui-se esta abordagem sobre o sujeito tratando agora do papel do inconsciente na atividade decisória. Para isso é proposto um diálogo entre o direito e a psicanálise, que segundo Alexandre Morais da Rosa tem grande importância no combate a parcialidade judicial:

Preparar o caminho para mais adiante tentar indicar conteúdos inconscientes de um-julgador-entendido em sua singularidade indivíduo no ato decisório. É que falar da verdade no Processo Penal desliza para um entrelaçamento com a Psicanálise, apontando-se o papel do inconsciente na produção final da decisão judicial, sem que esse inconsciente, como os demais significantes psicanalíticos, possam ser percebidos de maneira ôntica ou coisificada. (...) Cada vez mais faz-se inafastável uma leitura

cruzada, sob pena de se chegar a uma parcialidade que causa náuseas (MORAIS DA ROSA. 2006, p. 02)

Realizando este diálogo entre direito e psicanálise faz-se pertinente a lição de Freud, na medida em que sua obra fornece grande aporte teórico a respeito do inconsciente. O psicanalista foi um dos grandes responsáveis pela abordagem do que está oculto no eu, e não se manifesta no simples raciocínio lógico mas se esconde por de trás da cortina de incertezas que é a mente humana. Neste norte, sobre o papel do inconsciente merece atenção a seguinte lição de Freud:

A psicanálise propõe mostrar que o eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a concentrar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica [...] A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos, tão frequentes quanto graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência [...]. A psicanálise se recusa a considerar a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar (FREUD, 1988, p.15).

Neste prisma, o inconsciente nada mais é do que um processo psíquico imperceptível apto a conduzir o ser humano a tomar atitudes que não são tomadas de forma consciente e livre. Essa ausência de percepção acerca deste mecanismo de tomada de decisão muitas vezes leva o ser humano a acreditar que todo seu processo decisório é conduzido por um exercício racional.

Essa postura inclusive é adotada pela magistratura brasileira que simplesmente vira as costas para o que não consegue perceber a olho nu, afirmando que as decisões são tomadas de forma livre e consciente, impossibilitando assim uma separação do sujeito do contexto em que esteve sempre inserido. Essa dificuldade em aceitar a posição de ser humano apto a ser influenciável pelo que não se percebe é uma das características daqueles que se sentem alheios aos processos sociais, adeptos à doutrina solipsista, que dá espaço para uma atividade judiciária seletiva, com traços claros de ordem racial e classista.

Assumirmos que somos nós e nossas experiências que ditamos a forma que viveremos no mundo é o ponto chave para que passemos a contestar atitudes e de forma menos automática possamos tomar decisões cada vez menos impulsionadas pelo desconhecido. Agora quando simplesmente negamos nosso

inconsciente, é quando mais lhe potencializamos e por ele somos influenciados na tomada de nossas decisões. Ademais, quando um magistrado percebe que suas inconscientes influências ocupam importante espaço em sua atividade decisória, este, passa a estar apto a eleger freios que possam limitar esta seletividade na utilização de conceitos vagos, como a ordem pública.

Este elo de ligação entre o conceito vago e impreciso de ordem pública e o subjetivismo do intérprete a partir da força do inconsciente é importantíssimo para que possamos alcançar uma compreensão dos porquês de o Brasil ter um judiciário tão alheio às diferenças sociais e mazelas do nosso povo.

Nesse sentido, a produção teórica de Freud sobre o inconsciente acabou batendo forte na visão narcisista do ser humano, levando em conta que desvendou para o mundo o lado inconsciente da psique humana, o que ocasionou um repensar da humanidade no sentido de perceber que não tomamos nossas decisões sozinhos, mas sim, em um conjunto de impulsos mentais, conscientes e inconscientes.

Imagine-se, o ser humano vivia tempos de culto ao ego, na esteira de Descartes, achávamos que éramos completamente senhores de nossas ações através de métodos infalíveis. Que controlávamos o rumo de nossa existência e que nada interferia nosso modo de decidir.

Freud contrariou grande parte da teoria psicanalítica construída até o momento, inovando ao afirmar categoricamente que aquilo que era imperceptível – mas que habitava o cérebro humano - tinha considerável participação no agir.

Outro psicanalista que se dedicou ao estudo do inconsciente foi Lacan, que já no século XX trabalhando sobre a perspectiva dos sonhos, dos sintomas, da linguagem e dos desejos humanos produziu valiosas pesquisas, tentando de certa forma quantificar a atuação do inconsciente no agir humano.

Neste norte, segundo Oliveira (2012, p.109-120) são dois os momentos de contribuição concreta de Lacan sobre o estudo do inconsciente. Num primeiro momento de sua obra, procura objetivar o inconsciente procurando formas de interferir neste lado não racional do ser humano. Lacan procura uma forma de influenciar o inconsciente, o que desiste de fazer no seguinte momento de sua obra, passando a partir da década de 70 a aceitar que há um limite naquilo que pode ser compreendido, passando a aceitar que o que resta ao ser humano é aceitar que grande parcela de suas ações são guiadas por situações pretéritas encrustadas em

nossa existências que se revelam através da linguagem traduzindo sentimentos escondidos e não compreendidos.

Independente do momento de sua obra, ou de sua posição quanto a possibilidade ou não de desvelar o inconsciente, é nítida em toda sua teoria a importância que Lacan deu a tal parcela da psique humana:

Penso onde não sou, logo sou onde não penso. Palavras que, para qualquer ouvido atento, deixam claro com que ambiguidade de jogo-do-anel escapa de nossas garras o anel do sentido no fio verbal. O que cumpre dizer é: eu não sou lá onde sou joguete de meu pensamento; penso naquilo que sou lá onde não penso pensar (LACAN, 1998, p. 521).

Miranda Coutinho (1998, p. 139-140) também destaca a importância de fatos externos na vida do sujeito como forma de potencializar a influência de seu inconsciente na tomada de decisão. Cita que acontecimentos e circunstâncias alheios ao processo racional poderão ditar o sentido de suas decisões.

Eventos como um acidente desagradável, a perda de uma pessoa íntima querida, uma casa arrombada por ladrão, sequestro para fins de extorsão, violências sexuais, experiência com familiar toxicômano, por exemplo, podem fazer que o juiz construa uma projeção sobre determinadas circunstâncias que não seja possível dissociar no processo de tomada de decisão.

A autor segue afirmando que um evento traumático será determinante para que o o inconsciente, de forma imperceptível possa influenciar em nossas escolhas.

Neste trilha, Miranda Coutinho elege a psicanálise como ciência fundamental para que se tente chegar à compreensão dos fenômenos jurídicos.

É também a visão de Moraes da Rosa, que sobre a necessidade de se discutir o papel no inconsciente no direito diz a seguinte:

Então, para aproximar os discursos, é preciso desvelar que a eterna luta entre o bem e mal ainda perdura, sendo pano de fundo inconsciente das práticas penais, cuja abjuração não é, definitivamente, simples, principalmente pelo *locus* que a instituição aponta ao um-juiz, portador da palavra Divina, um semi-Deus. Não foi à toa que Legendre afirmou que procurar adentrar nessa seara é uma atividade clandestina, subversiva do lugar-tenente, justamente por querer discutir até que ponto a 'consciência plena e objetiva' se sustenta, isto é, discutir a legitimidade do mandatário do Outro (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 93).

Foi realizada esta abordagem transdisciplinar acerca de aspectos humanos que fazem parte da decisão judicial, uma vez que no próximo capítulo serão analisadas decisões judiciais que utilizam do discurso de ordem pública, objetivando demonstrar como não há coerência epistemológica entre elas, deixando claro que ante a vagueza do conceito de ordem pública acaba na prática valendo a discricionariedade de cada magistrado que não raras vezes entrega ao jurisdicionado decisões autoritárias pautadas na ideologia da defesa social.

## **4 ANÁLISE DE DECISÕES PROFERIDAS PELO JUDICIÁRIO CATARINENSE ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

Nesta pesquisa nos dispusemos a realizar uma análise das decisões judiciais que fundamentam a utilização da prisão preventiva com base no risco à ordem pública a fim de demonstrar que existem uma série de significados e significantes utilizados pelos magistrados criminais que se apropriam deste termo jurídico indeterminado e vago para materializar uma política criminal de controle social cada vez mais seletiva.

Antes de adentrar nesta análise, é preciso que façamos uma ligeira diferenciação de significado e significante, para que possamos avançar na análise empírica.

Sobre a diferença de ambos:

Pode-se entender como significado o sentido, o conceito ou mesmo a ideia de alguma coisa. Seria a representação mental de algo. Já o significante pode ser entendido como a imagem acústica: "Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (empreinte) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos." (SAUSSURE, 2003, p. 80)

Ou seja, enquanto significado seria a exata expressão das palavras empregadas em uma narrativa, traduzindo linguisticamente o que aparentemente se quer dizer, o significante seria o real sentido do que está escrito para a pessoa que narra, traduzindo seu verdadeiro sentir.

Quer-se dizer que quando o juiz criminal escolhe um ou outro argumento para afirmar que determinado acusado coloca em risco a ordem pública e por isso deve ser preso preventivamente, devemos prestar atenção no significado etimológico desse argumento mais do que isto nos atentarmos ao que não está revelado no texto, mas que circunda a real intenção do julgador.

Neste norte, o significado seria o conteúdo exato, literal e fixo extraído de um termo, já o significante seria a essência do texto.

### **4.1 DA METODOLOGIA E INSTRUMENTOS DE ANÁLISE**

Através de uma pesquisa empírica realizaremos a seguir a análise de decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau e desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em processos criminais envolvendo os mais variados crimes, sendo requisito para integrar a pesquisa que a decisão que decretou/manteve a prisão preventiva tivesse como fundamento a proteção da ordem pública.

É preciso mencionar que a ideia inicial da presente pesquisa era entrevistar pessoalmente 10 juízes e 10 desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para buscar entender o que significa ordem pública a partir de suas individualidades, para com base no desenvolvimento teórico proposto, demonstrar que pela própria indefinição semântica do conceito e pela grande influência de aspectos inconscientes e subjetivos, cada magistrado dá o significado que bem entende para ordem pública, gerando um perigoso decisionismo, que se o devido controle vem gerando o já abordado encarceramento provisório em larga escala.

Contudo, em razão da pandemia gerada pelo novo Coronavírus, como instrumento substitutivo de pesquisa, optou-se por analisar 10 decisões de primeiro grau e 10 decisões de segundo grau, justamente para retirar delas o que os magistrados argumentam para justificar o risco da ordem pública. Nesse contexto, analisou-se 20 decisões a título de amostragem, deixando claro que não se trata de mera reprodução de ementas, mas sim que houve uma incursão profunda nas decisões para se retirar especificamente o trecho onde se argumentava os motivos pelos quais estava – supostamente – presente no caso o risco da ordem pública.

Ademais, é preciso justificar, que não se trata de uma pesquisa quantitativa, por isso o baixo número de decisões expostas, uma vez que o que se pretende é apenas demonstrar ao leitor que em um restrito universo de decisões foi possível encontrar uma série de significados dados ao conceito ordem pública. Certamente se fosse maior o número de decisões acostadas ficaria ainda mais nítido o que se pretende comprovar.

Neste norte, apesar da variedade dos argumentos encontrados, poderá ser percebido que todos eles giram em torno de uma perspectiva de proteção à coletividade em detrimento dos direitos individuais, em uma clara instrumentalização da ideologia da defesa social.

Neste sentido, quanto as decisões de segundo grau, foi realizada pesquisa livre no sítio da rede mundial de computadores do Tribunal de Justiça de

Santa Catarina (<http://tjsc.jus.br>), utilizando as ferramentas de busca de jurisprudência daquele Tribunal com as palavras-chave “Prisão Preventiva” e “Ordem Pública”.

Já para analisar decisões de primeiro grau, após encontrar decisões de segundo grau conforme a metodologia mencionada acima, ingressamos no hiperlink que remete à movimentação do processo de primeiro grau e lá analisamos a decisão tomada pelo juízo singular para aferir os fundamentos utilizados para decretação/manutenção da prisão preventiva.

Outro requisito foi que as decisões tenham sido sempre negando a liberdade provisória, sendo as primeiro grau que tenham decretado/mantido prisões e as de segundo grau que tenham negado ordem de habeas corpus.

No que diz respeito às condições de espaço, analisamos como já dito, decisões proferidas no âmbito do judiciário do Estado de Santa Catarina. Quanto a questões temporais, procuramos decisões proferidas no primeiro semestre de 2020 para garantir uma visão atualizada dos entendimentos exarados.

Destaca-se que foram analisados processos que tramitam de forma pública, porém não serão aqui revelados os nomes das partes, tão somente os números dos processos permitindo ao leitor, se desejar, acessar os autos a fim de conferir a fonte da pesquisa.

A intenção é de forma específica pinçar das decisões aqueles argumentos que são frequentemente utilizados pelo Judiciário Catarinense para justificar o risco à ordem pública, isto com o objetivo de demonstrar que a imprecisão semântica do conceito que foi já demonstrada nos capítulos anterior bem como a subjetividades existente na atividade decisória, também já explorada, dão margem para a extração dos mais variados significados e significantes para ordem pública.

#### 4.2 DAS DECISÕES PROFERIDAS POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

No que diz respeito as decisões de primeiro grau em relação aos crimes de tráfico de drogas, ficou muito perceptível que a quantidade da droga é um dos significados preferidos pelos julgadores para aferição se o acusado coloca ou não em risco a ordem pública. Veja-se esta decisão tomada nos autos n. 5010964-

24.2020.8.24.0033, em processo que apura o crime de Tráfico de Drogas na Comarca de Itajaí/SC:

A gravidade do delito, examinada com esteio nos elementos que transparecem do caso concreto, **abalou a ordem pública**, que deve ser tutelada. **Isso porque a quantidade de entorpecentes apreendida denota se tratar de traficância desenvolvida em escala, capaz de atingir expressivo número de usuários (1).**

Somado a isso há a situação em que o agente tenta corromper os policiais para que deixem de efetuar o seu ofício, qual seja, efetuar a prisão em flagrante.

Sobre o assunto:

"HABEAS CORPUS" – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual. PRISÃO PREVENTIVA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – DROGA – QUANTIDADE – ORDEM PÚBLICA. Uma vez decorrendo a custódia da prática do crime de tráfico de entorpecentes, no que apreendida porção substancial de droga, tem-se dado a sinalizar a periculosidade do envolvido (STJ, HC 161477, Relator(a): Min. Marco Aurélio, 13/08/2019).

Presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, irrelevante perquirir se se trata de cidadão com outros bons predicados, residência fixa ou emprego, mesmo porque a segregação cautelar não é reservada aos reincidentes, dotados de maus antecedentes, desabrigados e desempregados.

Nesse norte:

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EXERCÍCIO COMANDO E PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

As condições subjetivas favoráveis aos pacientes, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva (HC 528380, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17.9.2019).

Portanto, **a sociedade merece resposta frente a casos como esse, sob pena de se banalizar o crime e se criar sentimento de impunidade**, com inegável descrédito das instituições públicas, não podendo o direito individual de ir e vir se sobrepor ao de toda uma sociedade de viver em segurança. (TJSC, Despacho. Processo n. 5010964-24.2020.8.24.0033. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itajaí. j. 30-05-2020, grifo nosso)

A necessidade de resposta estatal para afastar o sentimento de impunidade, apesar de já rechaçado frontalmente pela jurisprudência dos tribunais superiores continua, conforme o caso acima, sendo um dos significados argumentativos utilizados para justificar o acautelamento provisório.

Na decisão abaixo, tomada nos autos n. 5017152-11.2020.8.24.0008, oriundo da comarca de Blumenau, também em processo que apura o delito de Tráfico de Drogas, é utilizada a gravidade abstrata do delito imputado, como se a

tipicidade encartada na denúncia fosse capaz de indicar que a ordem pública estaria abalada. Utiliza ainda aquele juízo a já citada necessidade de reposta estatal:

O quadro acima é grave e, de fato, traduz-se em indícios de que os conduzidos associaram-se para o fim de cometer a nefasta prática do tráfico ilícito de entorpecentes, fazendo desse comércio um modo de vida, inclusive com o envolvimento de um menor, o que potencializa ainda mais os delitos. Atento, portanto, aos balizadores previstos no art. **312, caput, do CPP, destaque que a manutenção da prisão dos indiciados faz-se necessária para assegurar a ordem pública, pois, além da gravidade dos ilícitos originariamente aqui apurados, os fatos em comento certamente já estão repercutindo negativamente no meio social.**

Assim, o *fumus boni juris* é demonstrado pelos indícios já apontados, enquanto o *periculum in mora* é latente, especialmente diante do risco que a liberdade dos conduzidos, neste momento precoce das investigações, representa para a ordem pública.

Sendo a segregação a medida recomendável para o caso em apreço, afirmo que, em respeito ao art. 310, II, do CPP, são insuficientes, pelo menos por ora, as demais medidas cautelares processuais vigentes. **Faz-se mister a adoção de ações duras pelo Poder Judiciário para reprimir o avanço do tráfico ilícito de drogas, máxime aquelas que são consideradas mais lesivas, como acontece na situação vertente.** (TJSC, Despacho. Processo n. 5017152-11.2020.8.24.0008. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau. j. 27-06-2020, grifo nosso)

Dentre os mais diversos argumentos que justificam a segregação cautelar com base na ordem pública, um dos que tem mais espaço é a reincidência. O fato de o acusado possuir já condenações criminais quase que na totalidade das vezes acaba sendo usado como elemento para se presumir que se solto, colocará em risco a tranquilidade social. Foi este o entendimento do exarado nos autos 5000503-48.2020.8.24.0144, em processo de Tráfico de Drogas da Comarca de Rio do Oeste:

A prisão preventiva do acusado está fundamentada na necessidade de resguardar a **ordem pública** e instrução processual, esta que sequer teve início. **Quanto à ordem pública, extrai-se que o réu é reincidente**, não possui ocupação lícita e tudo indica que a narcotraficância não era um fato isolado na sua vida. Por isso, a chance de reincidência está mais do que claro. Desse modo, não há dúvidas de que a segregação do réu em ergástulo público é a única medida legal hábil a evitar a reiteração delitiva. (TJSC, Despacho. Processo n. 50005034820208240144. Juízo da Vara Única da Comarca de Rio do Oeste. j. 02-07-2020, grifo nosso)

Na decisão abaixo, oriunda da Comarca de Palhoça, nos autos do processo n. 5007092-62.2020.8.24.0045, que também apura Tráfico de Drogas o juízo se esforça e utiliza no mesmo texto justificar que a ordem pública está em risco em razão, 1) gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas 2) risco de reiteração criminosa, 3) quantidade da droga 4) necessidade de resposta estatal:

Em que pese os argumentos da defesa, tenho que a prisão preventiva do acusado Fabrício deve ser mantida, pois presentes indícios de autoria e prova da materialidade da prática do crime de tráfico de drogas pelo acusado, consubstanciados nos elementos de prova constantes dos autos, **bem como porque necessária a sua segregação cautelar a bem da ordem pública, não apenas em razão da gravidade do crime**, em tese, praticado, mas pela possibilidade concreta de reiteração criminosa caso seja posto em liberdade, conforme fundamentos já expostos na decisão que converteu a prisão em preventiva (ev. 29 do Inquérito Policial).

Ressalta-se que, conforme consta nos autos, o acusado estava conduzindo o veículo Fiat/Pálio ELX, placas MHE-3656, que teria deixado a residência onde foram encontrados 241 kg de maconha, com o qual empreendeu fuga da guarnição policial, na companhia do corréu Rubens, que, por sua vez, durante o trajeto, jogou pela janela do veículo uma mochila que continha 4 kg da mesma substância. Registre-se, ainda, que foram emanados sinais sonoros e luminosos, bem como efetuados disparos com munição menos letal pelos policiais militares, na tentativa de deter o veículo em fuga. Além disso, ambos teriam confessado, informalmente, aos agentes, que pegaram a mochila com a droga na referida residência.

Tais circunstâncias indicam que o acusado não só tinha conhecimento, como estava envolvido com a prática do ilícito narrado nos autos, o que vai de encontro à tese da defesa de que o acusado estava apenas atendendo a uma corrida como motorista da UBER e que a droga apreendida pertencia exclusivamente ao corréu Rubens.

Destarte, conforme já destacado anteriormente, ainda que primário, a **quantidade de drogas apreendidas, somada às circunstâncias da prisão e a apreensão de objetos relacionados ao tráfico de drogas**, demonstram a prática do comércio ilícito pelo acusado em condição não eventual ou esporádica, mas como meio de vida, o que constitui motivo suficiente e forte o bastante para recomendar a manutenção da sua segregação cautelar, sendo, as medidas cautelares diversas da prisão, inadequadas e insuficientes para garantir a proteção ao bem jurídico-penal em apreço.

Ainda que se trate de crime cometido sem violência e grave ameaça, conforme destacado pela defesa, **trata-se de crime grave (tráfico de drogas), equiparado a hediondo, que impulsiona a prática de diversos outros crimes, como roubos, homicídios, etc., motivo pelo qual exige atuação firme da Justiça à garantia da ordem pública**. (TJSC, Despacho. Processo n. 5007092-62.2020.8.24.0045. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça. j. 03-07-2020, grifo nosso).

A credibilidade das instituições também e as consequências geradas pelo tráfico na sociedade são também vetores argumentativos costumeiramente usados para se justificar o risco da ordem pública. No caso abaixo, nos autos do processo n. 5005849-90.2020.8.24.0075, oriundo da Comarca de Tubarão, que também apura o crime de Tráfico de Drogas, esses argumentos estão aliados aos já citados “quantidade da droga” e “antecedentes criminais”:

Todavia, conforme já consignado, há indícios suficientes acerca da *materialidade* do delito investigado, satisfazendo o requisito do *fumus comissi delicti*, assim como, de igual forma, o *periculum libertatis* se

materializa nos autos, mormente por meio da flagrante necessidade de se garantir a **ordem pública** e a segurança social, que no caso em tela restaram abaladas, tendo em vista a gravidade das condutas delituosas praticadas pelos conduzidos.

Ademais, **há que se destacar que, os conduzidos registram antecedentes criminais**, persistindo, pois, a necessidade de manutenção da medida de *extrema ratio* no caso concreto para o resguardo da ordem pública.

Nesse sentido, insta salientar que a preservação da ordem pública não se restringe, pois, à mera adoção de medidas preventivas no combate a conflitos efetivos, mas engloba, ademais, a **promoção de diligências com vistas a resguardar a integridade das instituições e a credibilidade social**, promovendo o aumento da confiança dos cidadãos nos mecanismos de repressão e nas ações estatais em oposição às mais variadas formas de delinquência.

Outrossim, **a quantidade da droga apreendida**, qual seja, 724 pedra da substância semelhante a *Crack*, reforça, de igual forma, a imprescindibilidade de adoção da custódia cautelar no caso presente, porquanto possui capacidade de causar dependência em grande número de usuários, os quais seriam diretamente afetados pelas nefandas consequências resultantes do consumo de entorpecentes. (TJSC, Despacho. Processo n. 50058499020208240075. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão. j. 18-06-2020, grifo nosso).

Se por um lado em algumas decisões magistrados realizam um esforço argumentativo se valendo de uma série de categorias para tentar demonstrar haver risco à Ordem Pública, em outros processos não há qualquer preocupação em construir esse arcabouço de fundamentos, como na decisão a seguir, no processo n. 5009820-54.2020.8.24.0020, da Comarca de Criciúma, que apura tráfico de drogas e o fundamento para prender preventivamente é a suposta gravidade do crime em tese praticado justificada em algumas palavras, e ainda o teor do Art. 44 da lei 11.343/2006, dispositivo este já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 104.339 de 2012):

Portanto, pelo menos há hipótese bastante concreta da ocorrência do delito inculcado no art. 33, da Lei n. 11.343/06, além da caracterização da conduta descrita no art. 35 da mesma legislação.

**Diante do grave delito praticado, bem como do constante no art. 44 caput, da Lei n. 11.343/06, acrescentando-se a evidente necessidade de garantia da ordem pública** (CPP, art. 312), converto a detenção em flagrante de Edgar Luís Ghisleri para prisão preventiva (CPP, art. 310, II). (TJSC, Alvará nº 310004178704. Processo n. 50098205420208240020. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma. j. 19-06-2020, grifo nosso).

Fica nítido pela quantidade de significados dados à ordem pública, aquilo que sustentamos nos capítulos anteriores acerca da facilidade deste conceito de acoplar ao subjetivismo do julgador e se utilizado da maneira que ele bem entende,

sendo em bem verdade um coringa para que a ideologia do magistrado seja materializada no seu modo de decidir.

Algo bastante comum nas decisões é um exercício de suposição acerca da periculosidade do agente. A análise sempre pende em prejuízo do acusado, sendo suficientes indícios para as decisões passem a entender como perigoso o acusado, sem qualquer elemento concreto como seria de se esperar em um sistema processual que de fato se preocupasse com as garantias fundamentais da pessoa humana. No caso abaixo, em que se apura o crime de roubo na comarca de Canoinhas, nos autos do processo n. 5003620-46.2020.8.24.0015, com base na palavra do policial na audiência de custódia o juízo passa a considerar que o conduzido possa ter sido responsável por outros crimes patrimoniais nos últimos dias, sem qualquer prova do alegado:

Não constato, ademais, a possibilidade de concessão da liberdade provisória, ainda que tenha o conduzido residência fixa e não ostente maus antecedentes. Veja que os policiais foram uníssonos em afirmar que o conduzido **possa** vir estar praticando diversas infrações nos últimos dias, o que revela **sua periculosidade para a ordem pública**. Assim, neste momento de latência do ocorrido, em que a polícia ainda apura outras ocorrências o envolvendo, prudente que permaneça segregado, neste ponto também a bem da instrução criminal. Assim, a conversão da prisão em preventiva é **medida que, por ora, se impõe, até que venham novos elementos que assegurem este juízo de que o conduzido, uma vez em liberdade, não venha a mais oferecer riscos**. (TJSC, Termo de Audiência. Processo n. 5003620-46.2020.8.24.0015. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Canoinhas. j. 14-06-2020, grifo nosso).

Resta clara a inversão da lógica da presunção da inocência. Porque conduzido em flagrância por um crime a pessoa passa a ter que trazer aos autos elementos que indiquem que não oferece riscos, quando em sentido contrário, deveria o estado provar cabalmente que a pessoa coloca risco ao bom andar processual ou mesmo concretamente à sociedade.

Uma vez tratar-se de pesquisa empírica, sem direcionamento na coleta das decisões, conforme se informou no início deste capítulo, estamos buscando decisões com as palavras de pesquisa e nos deparamos também como decisões que de fato trazem fundamentos concretos que permitem analisar a prisão como o caráter instrumental que deveria ter. No caso abaixo, o risco da ordem pública foi vislumbrado porque o conduzido após praticar o delito de Roubo, retornou ao local

para ameaçar a vítima, o que pode ser ao nosso ver considerado como um elemento concreto apto a indicar sua periculosidade. Veja-se:

Isso porque os crimes em questão (roubo e coação no curso do processo) são de extrema gravidade, o que reclama uma atuação jurisdicional enérgica e contundente, pois, conforme se depreende sumariamente do contexto probatório, o *modus operandi* do delito sugere a **repercussão negativa no meio social**, motivo pelo qual a prisão é necessária para a garantia da ordem pública.

**Assim, entendo que o pedido deve ser deferido, pois os fatos demonstram que o acusado representa perigo social e, se solto, poderá delinquir novamente, atormentando a tranquilidade da hospitaleira sociedade desta comarca, mormente porque, como visto, após o roubo voltou ao local a fim de ameaçar a vítima.**

E, além disso, crimes contra o patrimônio têm sido uma constante nesta comarca, colocando a população **em situação de insegurança**, o que reclama uma posição mais enérgica do Poder Judiciário, a fim de acautelar o meio social. (TJSC, Despacho. Processo n. 50133994620208240008. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau. j. 22-05-2020, grifo nosso).

Esta decisão foi tomada pelo juízo da Comarca de Blumenau nos autos do processo n. 5013399-46.2020.8.24.0008, que apura os crimes de Roubo e Coação no curso do processo.

Não obstante trazer dois fundamentos completamente genéricos e abstratos, quais sejam a sensação de insegurança e a repercussão negativa do crime, é preciso considerar-se que a ameaça à vítima após o cometimento do delito é uma daquelas situações onde a prisão preventiva deveria ter espaço, partindo de uma premissa utilitarista e instrumental das medidas cautelares que precisam resguardar objetos do processo, nesse caso a vítima.

Na próxima decisão citada, os crimes apurados são porte e posse ilegal de arma de fogo e receptação, e o juízo entendeu necessária a utilização da medida cautelar extrema em razão da já criticada gravidade abstrata do delito, ou seja, da análise quantitativa da lesividade do tipo penal pelo qual respondem os conduzidos, além da quantidade dos objetos ilícitos encontrados.

O processo é oriundo da Comarca de Jaraguá do Sul, e o processo é o n. 5006827-87.2020.8.24.0036:

No caso específico dos autos, como bem ponderou o representante Ministerial, entendo que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ao menos por ora, é medida que verdadeiramente se impõe. Com efeito, presentes provas da materialidade e indícios suficientes da autoria dos delitos impostos aos flagrados, bem como "do perigo gerado pelo estado de liberdade dos imputados", na medida em que, não obstante

primários, inegável a **gravidade dos fatos a ele imputados**, que não souberam explicar qual, efetivamente, seria o destino do arsenal de origem conhecidamente ilícita encontrado em sua posse.

Ademais, **a quantidade exorbitante de explosivos apreendida indica a periculosidade** ou a indiferença dos indiciados com as reais intenções de quem iria adquirir o produto do furto, "comumente utilizados na explosão de caixas eletrônicos", como bem observou o representante do *Parquet*.

Assim, sem mais delongas, por entender que quaisquer outras medidas cautelares diversas da prisão mostram-se inócuas e insuficientes para a **garantia da ordem pública**, a conversão da prisão em flagrante em preventiva é medida acertada.

A habitualidade delitiva também é um significado dado para risco da ordem pública, uma vez fazer crer que por via de consequência o conduzido se for solto voltará a delinquir, assumindo nesse caso o juiz como um promotor de prevenção à coletividade na medida em que antevê a possibilidade de novas práticas criminosas. Nesse sentido foi a fundamentação de decisão da Comarca de Florianópolis, nos autos n. 5035834-66.2020.8.24.0023, que pura o cometimento do crime de furto qualificado:

Compulsando os autos, observo que não houve alteração no quadro fático a justificar a revogação da medida. Isso porque, conforme devidamente fundamentado na decisão colacionada ao evento 21 dos autos n. 50351409720208240023, **há indícios concretos de que a liberdade dos Acusados acarretará em severo risco à ordem pública**. Isso porque, em atenção ao suposto **modus operandi empregado nos crimes**, bem como os elementos informativos colacionados aos autos n. 50351409720208240023, observo indicativos de **habitualidade** criminosa na prática de furtos. Além de, supostamente, terem praticado, ao menos, dois crimes de furto no dia 07/05/2020, há indícios de que também praticaram delito semelhante na loja Angeloni de Criciúma em 28/04/20. Ora, convém destacar que os Conduzidos não residem neste Estado, mas no Rio Grande do Sul, a evidenciar que vêm viajando por este Estado e praticando, reiteradamente, delitos patrimoniais. Além disso, pelo que consta dos autos 50351409720208240023, pode-se observar que, supostamente, os Acusados vieram do Estado do Rio Grande do Sul com o objetivo de praticar delitos patrimoniais neste Estado, que os crimes foram planejados e eram executados de maneira organizada. (TJSC, Despacho. Processo n. 50068278720208240036. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaraguá do Sul. j. 30-05-2020, grifo nosso).

A exposição das decisões pesquisadas revela que em bem verdade, na falta de uma conceituação, minimamente rígida no arcabouço legislativo brasileiro, sobe o fundamento da ordem pública, ou o risco à ordem pública, acaba por se pulverizar em incontáveis significados que servem para justificar a utilização da prisão preventiva de forma contumaz no processo penal brasileiro. A seguir analisaremos no mesmo sentido qual o entendimento dos Desembargadores do

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para logo em seguida compilar os principais significados dados para Ordem Pública

#### 4.3 DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA EM ACÓRDÃOS DE *HABEAS CORPUS*

No âmbito da segunda instância os significados dados para risco à Ordem Pública não diferem daqueles encontrados pelos juízes de primeiro grau, sendo praticamente os mesmos argumentos encontrados para se manter prisões sob a justificativa de preservar-se a ordem pública.

No julgamento do Habeas Corpus n. 5020072-79.2020.8.24.0000, pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, que transcrevemos abaixo, existência de maus antecedentes, risco de reiteração criminosa e quantidade da droga foram elementos sopesados para considera o acusado perigoso e assim causador de risco à ordem pública:

No caso, **a existência de maus antecedentes** e de ações penais em curso legitimam a decretação da custódia preventiva para se evitar a **reiteração delitiva**, garantindo-se a ordem pública (STJ, RHC 68.628, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 3.5.16). O Paciente ocupa o polo passivo de uma ação penal que trata do delito de roubo (autos 00003365720198240078). A existência de tal procedimento criminal em curso, ao menos prima facie, representa evidência do **risco de reiteração delitiva** com a soltura do Paciente.

**A prisão preventiva como garantia da ordem pública, portanto, justifica-se. 3.2. Além disso, a quantidade de entorpecentes pode ser considerada parâmetro para aferir a periculosidade do agente e, assim, verificar-se a necessidade de encarceramento como modo de acautelar a ordem pública**, de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça: No caso, a prisão cautelar está assentada na necessidade de se garantir a ordem pública, tendo as instâncias ordinárias destacado, além da quantidade de drogas encontradas (155 trouxinhas de maconha e 1 tablete do mesmo entorpecente, pesando 235 g), a apreensão de uma balança de precisão e o risco de reiteração delitiva pelo fato de o recorrente possuir antecedentes criminais. Tudo a revelar a periculosidade in concreto do agente (RHC 115.571, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 1º.10.19).

No mesmo sentido: No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciadas pela variedade, natureza e quantidade de drogas apreendidas - 98,2g de cocaína, 9,5g de crack e 2g de maconha -, o que, somado à forma de acondicionamento dos entorpecentes, em porções individuais, prontas para revenda, bem como à apreensão de balança de precisão, revela risco ao meio social e recomenda a manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública (RHC 116.610, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 1º.10.19). **O total de narcóticos cuja propriedade é atribuída ao Paciente (440g de maconha) é por demais considerável e autoriza, ao menos à primeira vista, a manutenção**

da custódia, por evidenciar que a liberdade de Gustavo Wagner Pereira Dias **oferece perigo à ordem pública**.

Esta Corte já decidiu pela subsistência do cárcere quando apreendidos 240g (HC 4030055-27.2017.8.24.0000, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 23.1.18) e até cerca de 100g de maconha (HC 4000069-91.2018.8.24.0000, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. 25.1.18), de modo que não há justificativa para proceder de maneira diversa nesta ocasião. Ante o exposto, voto no sentido de denegar a ordem. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5020072-79.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. SÉRGIO RIZELO, 2ª Câmara Criminal, j. 21-07-2020, grifo nosso)

No mesmo norte foi o entendimento da 3ª Câmara Criminal, que no julgamento do Habeas Corpus I nº 5019373-88.2020.8.24.0000, também concluiu que ações penais em curso fazem presumir o risco de reiteração criminosa, logo entendem presente periculosidade concreta do paciente apta a gerar risco à ordem pública:

No tocante aos requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, tem-se que o magistrado a quo, discorreu sobre os pressupostos da prisão preventiva - materialidade e indícios de autoria, o *fumus commissi delicti* -, e calcou o decreto prisional na existência de *periculum libertatis*, **diante da necessidade de garantia da ordem pública** (uma das hipóteses inculpidas no art. 312 do CPP), **por conta da periculosidade do paciente a indicar probabilidade concreta de reiteração**. Ao que consta da decisão, a prisão justifica-se pela necessidade de garantir a **ordem pública, diante do risco de reiteração, evidenciado por possuir o conduzido diversos outros processos em andamento em seu desfavor, inclusive pelo delito de tráfico de drogas**. Embora referidos registros criminais sejam inaptos a caracterizar reincidência, são hábeis para medir a periculosidade social, porquanto, cediço que a aferição do histórico criminal do indivíduo, para tais fins, não se submete aos rigores da dosimetria da pena. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5019373-88.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN, 3ª Câmara Criminal, j. 21-07-2020, grifo nosso).

As repercussões no tecido social geradas pelo delito e as supostas consequências à coletividade de sua prática são argumentos costumeiramente encontrados, conforme a decisão emanada no Habeas Corpus n. 5019061-15.2020.8.24.0000, julgado pela 1ª Câmara Criminal, onde a periculosidade do agente é presumida a partir das consequências residuais da conduta criminosa na sociedade:

Outrossim, como bem anotado em primeiro grau, a prisão preventiva do paciente é medida **imperiosa à salvaguarda da ordem pública**. Os indícios encontrados nos autos sugerem que o **paciente promovia a comercialização de substâncias ilícitas, contribuindo fortemente para a disseminação de narcóticos e, via de consequência, para a intensificação de todos os males sociais dela**

**derivados.** Tal particularidade, indubitavelmente, constitui indicativo da periculosidade do paciente, fomentando o receio de que, solto, poderá tornar a praticar crimes. Diante disso, resta presente a necessidade da manutenção da **prisão preventiva**, principalmente para impedir a reiteração da conduta em questão, salvaguardando-se, assim, a **ordem pública**. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5019061-15.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. PAULO ROBERTO SARTORATO, 1ª Câmara Criminal, j. 23-07-2020, grifo nosso).

Foi possível encontrarmos também, decisões que fundamentam a necessidade do acautelamento social utilizando questões relacionadas ao próprio cometimento do delito que deveriam ser sopesadas por ocasião da sentença uma vez se tratarem de aspectos da culpabilidade e não, da periculosidade.

Ou seja, mesmo que o processo ainda esteja na fase da instrução ou mesmo antes, são comuns decisões decretando ou mantendo prisões preventivas realizando recortes argumentativos com ingredientes da própria conduta típica, que só podem ser sopesados após o devido processo legal. Ou seja, prende-se preventivamente com base na imputação encartada na exordial acusatória, o que inverte totalmente a lógica de um processo penal democrático. Se denuncia por crimes graves e se prende preventivamente em razão do conteúdo da denúncia, afastando totalmente a prisão preventiva da função instrumental que deveria ter. Neste norte é a decisão emanada no Habeas Corpus n. 5017584-54.2020.8.24.0000, julgado pela 5ª Câmara Criminal, onde em um crime de homicídio, os julgadores se apegam à circunstâncias do fato para julgá-lo concretamente grave e assim presumir perigoso o agente:

Tocante os pressupostos do *periculum libertatis*, aqui compreendidos como os elementos do caso concreto que indicam o perigo oferecido pelo soltura do indivíduo, **ressalta-se o risco à ordem pública** extraído da gravidade concreta da conduta, a qual é observado pelo **modus operandi do delito**. No ponto, menciona-se que o crime foi **motivado por desavenças anteriores entre o paciente Rafael e a vítima, sendo consumado mediante concurso de agentes e com vários disparos de arma de fogo em via pública em horário de grande circulação de pessoas**. Além disso, uma testemunha ocular dos fatos foi ameaçada. Todas estas circunstâncias, evidenciam a periculosidade social dos envolvidos e fundamentam de maneira adequada a necessidade da segregação cautelar com vistas à garantia da ordem pública. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5017584-54.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. CÍNTIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFFER, 5ª Câmara Criminal, j. 23-07-2020, grifo nosso).

Não é diverso o *modus decidendi* no que diz respeito ao delito de tráfico de drogas, como pode-se perceber a partir da análise do Habeas Corpus n.

5017907-59.2020.8.24.0000 oriundo da 4ª Câmara Criminal, além da grande quantidade da droga, percebe-se que há um adiantamento da análise da culpabilidade, ou seja, fica nítido que não se prestam os julgadores a analisar concretamente se há algo que extrapole a própria tipificação que indique a periculosidade do agente, mas tão somente, com base na narrativa acusatória presente no processo se decide ser necessária a segregação cautelar:

A corrê, de fato, **inspira inegavelmente periculosidade e, de conseguinte, a necessidade do aprisionamento**, sem que se possa falar na incidência de medidas, por si, menos agudas que o encarceramento, notadamente diante do risco que se evidencia à **ordem pública. A grande quantidade de entorpecentes apreendidos em seu poder (extraordinários 611 comprimidos de ecstasy) indiciam, concretamente, a umbilical ligação para com o tráfico, capaz de instabilizar a comunidade em vindo a ser liberta.** Difícil, na atual circunstância, crer que indivíduo que é flagrado com tal substancial quantidade de entorpecentes sintéticos os possua para consumo próprio, quando se sabe que, a priori, mais se compatibilizam à mercantilização profissional, exercida como um meio de vida paralelo à legalidade. Daí que exsurge a periculosidade da paciente, frente à intimidade com que ressoa indiciariamente possuir com a lida criminosa, percebendo-se, no contexto, não ser uma principiante na criminalidade, mas com alta fidelização a tal prática. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5017907-59.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI, 4ª Câmara Criminal, j. 23-07-2020, grifo nosso).

Fica claro que há um exercício de presunção por parte dos julgadores acerca da periculosidade do agente a partir de questões relacionados ao modo de agir específico a ser julgado naquele processo. Ou seja, a partir da narrativa do acusador oficial contida na exordial de um processo criminal, se passa a presumir a pessoa perigosa, quando aquela conduta em tese praticada sequer foi reconhecida como realmente cometida, ou se cometida, se de fato fora da forma narrada na denúncia. Ou seja, se presume perigosa uma pessoa e por isso necessária a custódia cautelar de uma conduta que sequer se sabe ser ainda real e os contornos fáticos de seu cometimento. A argumentação de deu da mesma maneira no Habeas Corpus n.5017788-98.2020.8.24.0000, julgado pela 5ª Câmara Criminal:

O objeto desta ação demanda unicamente a verificação de aspectos gerais do caso e sua adequação aos pressupostos e requisitos da prisão cautelar. **Ao disparar contra a cabeça do ofendido, causando-lhe ferimentos graves e permanentes (cegueira em um dos olhos) e, supostamente, ter tentado esconder a arma de fogo usada, a paciente praticou conduta reveladora de sua periculosidade social e da gravidade concreta da conduta**, o que não é afastado pela conclusão da instrução criminal. Ademais, a contumácia na prática delitiva, demonstrada

pelo histórico criminal, revela a possibilidade de reiteração criminosa, o que também coloca em risco a ordem social. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5017788-98.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA, 5ª Câmara Criminal, j. 23-07-2020, grifo nosso).

Trata-se quase que uma conclusão automática de periculosidade a partir de certas características presentes no contexto fático. Uma questão que deveria ser analisada unicamente a partir de características personalíssimas, inerentes à pessoa do paciente, para aferir se perigoso para a ordem pública ou não, passa a ser presumida a partir de argumentos genéricos que serviriam para qualquer acusado em situação semelhante dando total razão à crítica acerca do defeito conceitual da Ordem

Pública realizada nos capítulos anteriores. No caso do Habeas Corpus n. 5017973-39.2020.8.24.0000, julgado pelo 1ª Câmara Criminal até mesmo o fato de a droga ser comprada em um município para ser vendida em outro, em processo que apura o tráfico de drogas acabou sendo utilizado como argumento para se aferir a periculosidade:

Logo, diante da gravidade concreta do caso, especialmente se considerar que a suposta traficância realizada **era intermunicipal, isto é, a droga era comprada na cidade de Balneário Camboriú e entregue na cidade de Brusque**, subsiste idoneidade na fundamentação **concernente à garantia da ordem pública, pelos elementos destacados. Tal assertiva ganha reforço tanto na quantidade de entorpecentes**, quanto nos petrechos e dinheiro apreendidos. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5017973-39.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. CARLOS ALBERTO CIVINSKI, 1ª Câmara Criminal, j. 16-07-2020, grifo nosso).

Como já dito, quantidade da droga e ações penais em curso são alguns dos argumentos preferidos para se concluir pela periculosidade do agente e conseqüentemente pela necessidade de segregação cautelar, conforme decidido no Habeas Corpus n. 5020105-69.2020.8.24.0000, julgado pela 2ª Câmara Criminal:

No que tange ao *periculum libertatis*, como bem salientado pelo Magistrado a quo, **tem-se que a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, associada ao processo em andamento que o acusado responde** por crime idêntico ao investigado no contexto sob discussão são suficientes para demonstrar a periculosidade concreta do agente e, em consequência, a necessidade de se manter a segregação **preventiva com o fim de acautelar a ordem pública**. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5020105-69.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. NORIVAL ACÁCIO ENGEL, 2ª Câmara Criminal, j. 21-07-2020, grifo nosso).

Em certas decisões foi possível perceber que sequer o termo Ordem Pública é citado, utilizando os julgadores o próprio conceito de proteção à sociedade, elegendo o acusado como alguém, que a partir de seu *modus operandi* é alguém que coloca em risco a própria ordem social, sem, portanto, eleger qualquer indicativo concreto nesse sentido, apenas fazendo uso de vetores completamente abstratos. É o caso do Habeas Corpus n. 5016052-45.2020.8.24.0000, da 5ª Câmara Criminal:

No caso em apreço, constata-se que o paciente, juntamente com alguns comparsas, foi localizado por policiais militares **transportando 2.980g de maconha, além de 304g de "haxixe"**, no interior de um automóvel Fiat/UNO, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. **Na mesma oportunidade, o paciente, que dirigia o mencionado veículo, desobedeceu a ordem legal de parada proferida pelos agentes públicos**, na medida em que tentou empreender fuga por aproximadamente três quilômetros. **Diante disso, fica evidente que a segregação cautelar visa evitar que o paciente possa colocar em risco a sociedade e confiabilidade do Estado, incumbido de fazer efetiva a ordem normativa**, além de impedir que volte a se envolver com tais atividades extremamente lucrativas, pois sabe-se que os crimes desta natureza, não raras vezes, são cometidos de forma contínua e em larga escala, fomentando à prática de outros crimes. Nesse contexto, tem-se que a gravidade da suposta conduta perpetrada foi avaliada com base em fatos concretos, os quais mostram-se suficientes, ao menos nesta fase processual, ao preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, conforme bem consignado pelo Juízo a quo. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5016052-45.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA, 5ª Câmara Criminal, j. 16-07-2020, grifo nosso).

Como visto, tanto nas decisões de primeiro quanto segundo grau, há uma variedade de palavras encontradas para se dar significado ao famigerado risco à Ordem Pública, havendo constantemente um esforço hermenêutico por parte dos julgadores para tentar justificar que a prisão preventiva é uma medida necessária e serve de algum modo para preservar direitos da coletividade em detrimento de garantias individuais. Em certos casos, como no do Habeas Corpus n. 5017074-41.2020.8.24.0000, fica nítida a opção quase que automática da utilização do encarceramento provisório para alguns tipos de crimes, demonstrando que aparentemente há uma orientação padronizada no modo de decidir de certos magistrados que ignoram questões particulares dos autos. No caso citado, não há qualquer tentativa de pelo menos disfarçar que se está prendendo preventivamente apenas por o crime apurado é o tráfico de drogas, construindo-se uma narrativa acerca das consequências geradas por este tipo de delito chegando o acórdão a

justificar que o tráfico de drogas causa uma série de outros delitos patrimoniais citando furtos à supermercados, demonstrando que há uma suposta preocupação em proteger-se a estrutura econômica enquanto se mutila sem qualquer preocupação o sacrossanto direito de locomoção:

No caso em análise, o **'periculum libertatis'** está presente e tem como fundamento a garantia da ordem pública, uma vez que em se tratando a infração penal atribuída, em tese, ao autuado de tráfico (art. 33, caput da Lei n. 11.343\06), está presente a gravidade concreta do delito como um dos motivos do acautelamento na via cautelar. Isso porque, é consabido que essa espécie de infração tem uma carga elevada de nocividade social, na medida em que repercute de forma direta nas relações familiares (caso dos usuários), além de provocar uma insegurança generalizada, em razão, dentre outros motivos, da recorrente e reiterada conexão do tráfico com delitos de mais diversa natureza, iguais ou mais graves que ele, notadamente, os de organização criminosa, posse e porte de arma de fogo e homicídio. **Além disso, é inegável o reflexo que o delito de tráfico traz no meio social, provocando a intraquilidade dos indivíduos como um todo, o que se dá por ser uma das mais frequentes causas da propagação de delitos, principalmente, de ordem patrimonial, os quais atingem uma considerável parcela da população e os estabelecimentos comerciais, mormente, os Supermercados** e que são executados por usuários de substâncias entorpecentes, buscando custear o próprio vício. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5017074-41.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO, 1ª Câmara Criminal, j. 16-07-2020, grifo nosso).

Há uma transferência de responsabilidade acerca de uma série de problemas sociedades para o paciente, que deixa de ser um sujeito de direitos, que está naquele processo apenas buscando uma garantia constitucional para receber do poder judiciário uma responsabilidade que sabemos não é sua. Não há como se atribuir, por total falte de base metodológica, que uma pessoa acusada, ainda sendo processada por tráfico de drogas tem responsabilidade direta, ou indireta por outros delitos como homicídios e furtos que ocorrem em uma sociedade. É um verdadeiro drible argumentativo para quem tem a prisão preventiva como regra, fazendo materializar-se toda a carga autoritária do sistema processual penal brasileira já abordada dos capítulos anteriores.

#### 4.4 DOS SIGNIFICADOS PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DO OBJETO DE ANÁLISE

Verificou-se portanto, nas decisões analisadas, que o a necessidade de proteção à Ordem Pública pode variar em razão da “quantidade de droga apreendida”, da “gravidade do crime imputado”, da “necessidade de resposta estatal, “reincidência”, “maus antecedentes stricto sensu”, “necessidade de manter a credibilidade das instituições”, “evitar a sensação de insegurança”, “repercussão do crime”, “quantidade de armas e munições apreendidas”, “risco de reiteração criminosa”, “modus operandi do agente” e ainda “dos crimes reflexos que podem ser cometidos na sociedade em razão daquele tipo penal específico”.

Conclui-se, portanto, analisando as decisões judiciais expostas no tópico anterior que o discurso da ordem pública que vem fundamentando a utilização discricionária e irresponsável da prisão preventiva, apenas ressalta um ideal de controle social penal baseado no sacrifício de direitos e garantias individuais em detrimento da imaginária proteção da coletividade e do bem-estar da sociedade. É claro o combate a um sujeito imaginariamente perigoso.

Trata-se de uma concepção positivista do crime, baseada no paradigma etiológico que buscava entender as causas do crime a partir de determinações sociais as quais o indivíduo estava inserido ou ainda em razão de suas características pessoais e não como o resultado de uma economia geral de poder.

Neste norte, os argumentos encontrados pelos magistrados nas decisões pesquisadas são completamente alinhados ao paradigma etiológico, onde a intenção na esteira da obra de Lombroso era “estabelecer uma divisão entre o 'bom' e o 'mau' cidadão, numa concepção patológica sobre a criminalidade, que visava justificar a pena como meio de defesa social e com fins socialmente úteis” (PAULA, 2007, p. 23).

Analisando as decisões pesquisadas, percebe-se que vários são os vetores vislumbrados pelos juízes e desembargadores para considerar um acusado perigoso ao ponto de colocar em risco a ordem pública, ficando claro que há uma definição desses sujeitos como diferentes dos indivíduos “normais”. São eleitas certas categorias tais quais antecedentes, reincidência, quantidade da droga, quantidade de armas e munições apreendidas, etc, que funcionam como verdadeiros estigmas, ou marcas, que se presentes no caso concreto, passam a autorizar a segregação cautelar frente ao risco à ordem pública.

Não há uma análise racional fática sobre o sujeito, mas tão somente é verificado se ele se enquadra naquela categoria pré-estabelecida, que vai depender

de juiz para juiz. Por exemplo, se em determinada vara um juiz entende que 1 Quilo de maconha é uma quantidade alta ao ponto de se considerar perigoso o acusado de um processo, passará a partir do desenvolvimento desse estigma a prender preventivamente por entender presente o risco ordem pública todos que forem flagrados na posse de quantidade semelhante, deixando de analisar outros aspectos. Ou seja, criam-se vetores totalmente dissociados do texto legal para utilizar a prisão provisória, em um verdadeiro processo de etiquetamento.

Neste sentido, a respeito dessa criação de estigmas que autorizam a repressão estatal, segundo Vera Regina de Andrade

Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade. Estabelece-se desta forma uma divisão aparentemente "científica" entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma "minorias" de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o "mal"), e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o "bem"). A violência é, dessa forma, identificada com a violência individual (de uma minoria) a qual se encontra, por sua vez, no centro do conceito dogmático de crime, imunizando a relação entre a criminalidade e a violência institucional e estrutural. E é esse potencial de periculosidade social que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal (ANDRADE, 2003, p. 37)

Outro aspecto que fica claro de algumas decisões analisadas e que é citado pela autora no trecho acima é que o poder judiciário em muitas vezes prender preventivamente o acusado ante a espécie de delito pelo qual responde justificado que aquele tipo penal acarreta em uma série de problemas sociais tais como a proliferação de outros delitos e a depravação social. Há uma clara responsabilização do indivíduo por problemas complexos da sociedade que ele nada tem relação.

Trata-se de atuação simbólica do poder público que se vale do encarceramento para de alguma forma tentar aparentemente tentar conter os problemas sociais, ou pelo menos aparentemente mostrar que está tentando conter. Sobre essa questão Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo afirma que:

O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos (AZEVEDO, 2005, p. 236).

Neste norte, a utilização da garantia da ordem pública da forma que vem sendo feita, sem a mínima racionalidade, além de agigantar essa divisão entre “bons” e “maus” cidadãos a partir de estereótipos que reproduzem a periculosidade ainda responsabiliza os “maus” cidadãos por todos os problemas relativos à criminalidade que são oriundos de uma série de outras questões sócio-culturais de responsabilidade do próprio estado. Ou seja, o estado se exime da sua responsabilidade na construção da criminalidade e encarcera provisoriamente o indivíduo criminalizado como se isso fosse o remédio para garantir a tranquilidade social (ANDRADE, 2002, p. 23-24).

Neste rumo, se percebe que a declarada atuação em busca da tranquilidade social e da ordem pública extraída das decisões judiciais analisadas não traduz uma preocupação social, mas sim uma estratégia de autotutela de grupos dominantes que ocupam as cadeiras do poder judiciário e buscam se manterem protegidos em uma clara materialização da ideologia da defesa social, conforme se abordará de forma mais profunda no próximo capítulo.

## 5 UMA ABORDAGEM DO DISCURSO DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Até aqui, abordamos de forma multidisciplinar o problema da Ordem Pública. Realizamos inicialmente uma crítica sobre seu próprio defeito conceitual, discorrendo acerca de sua origem autoritária, como a própria origem do processo penal ainda vigente no país. Avançamos realizando uma abordagem daquele que é ao nosso ver o maior problema do discurso de ordem de pública atualmente qual seja o abuso das prisões provisória. No segundo capítulo passamos para a análise do sujeito que reproduz o discurso da ordem pública, abordando o juiz como ser-no-mundo, aspectos sobre razão, ideologia e subjetivismo e o papel do inconsciente na atividade decisória, tudo isto para a partir deste desenvolvimento teórico analisar decisões proferidas pelo judiciário catarinense para verificarmos o que é ordem pública para os magistrados e magistradas que prendem com base nesse fundamento.

Agora, após esse percurso, analisaremos o que foi extraído da análise das decisões sob as lentes da criminologia crítica, objetivando relacionar o discurso da ordem pública com a ideologia da defesa social

### 5.1 DO PARDIGMA ETIOLÓGICO PARA O PARADIGMA DA REAÇÃO SOCIAL

A partir da segunda metade do século XX a criminalidade passa a ser analisada de forma diferente, uma vez que a criminologia que até então se dedicava a tentar explicar o crime a partir de características do criminoso e de aspectos sociais os quais ele estava submetido, passa a partir do que se chamou de criminologia crítica a abordar o próprio sistema penal como o responsável pelo crime, uma vez que se passa a defender que a própria estrutura estatal ao tipificar condutas e criar instrumentos de controle, acabava operando de forma a selecionar os sujeitos que iriam aderir à vida criminosa, conforme ensina Alessandro Baratta:

Sobre a base do novo paradigma, a investigação criminológica tem a tendência a deslocar-se das causas do comportamento criminoso para as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o status de criminoso são atribuídos a certos sujeitos, assim como para o funcionamento da reação social informal e institucional (processo de criminalização). Mesmo em sua estrutura mais elementar, o

novo paradigma implica uma análise do processo de definição e de reação social, que se estende à distribuição deste poder e aos conflitos de interesse que estão na origem desse processo (BARATTA, 2017, p. 211).

Nesse norte, uma criminologia que antes se prestava a analisar características físicas e psíquicas do ser humano para tentar compreender porque passava a ter condutas criminosas, bem como se prestava ainda a tentar explicar o comportamento criminoso a partir de uma visão do meio em que estava inserido e suas influências externas, passa a enxergar de forma completamente diferente uma vez que encara o crime como uma construção do próprio sistema político e econômico que ao tipificar condutas e aparelhar seus instrumentos repressivos possuía já um alvo certo de sujeito a ser criminalizado.

A respeito da necessidade de mudança de paradigma criminológico na América Latina, Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que:

Se nos países centrais, o discurso jurídico-penal pôde sustentar-se por certo tempo sem maiores variantes, ignorando a crítica criminológica ou sociológica, para o penalismo latino-americano essa situação revelou-se particularmente insustentável, em razão da gravidade dos resultados práticos da violentíssima operacionalidade dos sistemas penais (ZAFFARONI, 2001, p. 34).

Neste sentido, a criminologia crítica surgiu como esperança de respostas mais efetivas e como forma de justificar academicamente estratégias de abordagem à criminalidade de maneira menos violenta e mais humanista, trazendo uma outra forma de enxergar o crime e o criminoso, possibilitando uma ruptura com a visão positivista.

Uma das grandes contribuições da criminologia crítica foi reconhecer e propor um debate acerca da ideologia da defesa social que segundo Leal (2017, p. 162) é a “luta contra o crime e o criminoso, mantendo-se (defendendo) a estrutura social liberal”.

## 5.2 DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

De acordo com Baratta (2017, p. 41-42) a ideologia da defesa social surgiu e se desenvolveu durante a revolução burguesa e se demonstrou como fundamento ideológico fundante da estrutura normativa penal, estando presente

tanto na escola clássica quanto na escola positivista da criminologia. Ensina ainda Baratta, que tal ideologia é reproduzida a partir de alguns princípios, sendo eles:

a) Princípio da legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou a grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e normas sociais; b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem; c) Princípio da culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador; d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista em lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente; e) Princípio da igualdade. A criminalidade é violação da lei penal, e como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos; f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comum a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais) (BARATTA, 2017, p. 42-43)

Tais princípios compõem, portanto, a ideologia que justificou a estrutura penal moderna construída após a revolução burguesa, onde a classe dominada passa a ser dominante e necessita de instrumentos normativos de controle para proteção da posição alcançada. Esta ideologia acaba por habitar ainda a sistemática penal moderna e justificar uma série de posicionamentos que permitem a relativização de direitos do cidadão em detrimento da defesa dos interesses daqueles que habitam posições privilegiadas no tecido social.

Jackson da Silva Leal (2017, p. 87) afirma que “a ideologia da defesa social justificou diversas medidas e políticas sociopenais de neutralização e intervenção junto a esses grupos de indivíduos considerados como um perigo-inimigo latente.”

No mesmo sentido Dieter (2013, p. 225) afirma que “o sistema de justiça criminal é, em última análise, instrumento de dominação de classe, sendo seu objetivo final a manutenção da ordem econômica por meio da gestão diferencial da criminalidade. “

Nesta toada, essa luta contra o criminoso e contra o crime, na realidade tem como objetivo a manutenção do *status quo*, ou seja, a hegemonia liberal através do controle e destruição dos grupos marginalizados, contando para tanto com o auxílio do judiciário e outras agências.

Nessa perspectiva, para Baratta (1999), estes mecanismos de manutenção da *status quo* nada mais são do que um artefato para o funcionamento de uma economia geral de poder:

Para compreender o mecanismo geral de reprodução do status quo da nossa sociedade, contemporaneamente patriarcal e capitalista, faz-se necessário ter presente não apenas a importância estrutural da separação entre esfera pública e privada, mas, também, da complementariedade dos mecanismos de controle próprios dos dois círculos. Em um corpo social como o nosso, a divisão entre público e privado, formal e informal, constitui um instrumento material e ideológico fundamental para o funcionamento de uma economia geral de poder, na qual todas as várias relações de domínio encontram o seu alimento específico e, ao mesmo tempo, se entrelaçam e sustentam (BARATTA, 1999, p. 48).

Neste norte, um sistema penal que se baseie em uma ideologia da defesa social, onde uma classe privilegiada busca criar mecanismos normativos e estruturas estatais para a manutenção dos privilégios econômicos, políticos e sociais, necessita obrigatoriamente de estratégias que possam operar o controle social, surgindo o chamado controle social penal.

### 5.3 DO CONTROLE SOCIAL PENAL

Certo é que as ações punitivas de controle social através do direito penal sempre operam de modo seletivo em face dos grupos sociais subalternos de qualquer sociedade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013).

Sobre a problemática do Controle Penal na América Latina, Santos (1984) afirma que:

A realidade criminológica na América Latina pode ser definida em três direções principais a) a repressão impiedosa das classes dominadas (especialmente os setores do proletariado urbano e rural não integrados no mercado de trabalho, como força de trabalho ociosa e excedente), para as quais existem os Códigos Penais e outras leis especiais ainda mais rigorosas, a polícia, os tribunais e as prisões b) a imunidade das classes dominantes pelas práticas criminosas contra a vida, a saúde, a integridade e o patrimônio do povo, nas práticas antissociais abrangidas pela chamada criminalidade do colarinho-branco; e a imunidade complementar do terror

institucionalizado (torturas e assassinatos de presos políticos, os assassinios de grupos militares e para-militares (esquadrões da morte) e a tortura sistemática de presos comuns); do genocídio de índios; do tráfico de escravos para venda de trabalhadores, confinados em 'campos de concentração' de empresários rurais geralmente estrangeiros. (CIRINO DOS SANTOS, 1984, p. 70-71).

No mesmo sentido, ainda sobre a seletividade do controle social através do Direito Penal, Zaffaroni, afirma que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

Vera Regina de Andrade divide o controle social penal em forma e informal, sendo o primeiro composto pelas instituições que tem função declarada, ou seja, instituídas oficialmente para atuar no processo de criminalização, ou seja, leis, polícia, ministério público, judiciário, unidades prisionais, e o segundo diz respeito à instituições que não tem como objetivo declarado o controle, porém o exercem a partir do nosso cotidiano, tais como mídia, mercado de trabalho, escola, família, igreja, etc., onde somos submetidos à estímulos que nos fazem clamar por mais segurança e punição (ANDRADE, 2003, p. 23)

Assim, diante de tais conclusões se percebe que o judiciário brasileiro funciona como instrumento de controle penal (formal) seletivo, especialmente se valendo de uma pretensa proteção da ordem pública.

A respeito da seletividade que é um traço marcante das ações de Controle Social Penal, Andrade afirma que:

A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão, ao revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente de cor não branca e masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina (ANDRADE, 2012, p. 138).

Neste norte é possível perceber claramente que a prisão não está à serviço da tranquilidade e paz social de toda a população, que que é o mote do discurso de *ordem pública*, mas sim serve como mais um instrumento dos que ditam

as regras do jogo e que contam com a magistratura como instrumento nesse processo.

Ou seja, há uma engrenagem social que trabalha para que a estruturas de dominação sejam preservadas e mantenha-se a exclusão daqueles que não integram a elite com representatividade nas tomadas de decisão.

A respeito dos interesses e estratégias burguesas Baratta (2017), afirma que:

Para avaliar a verdadeira natureza dos interesses em jogo e as estratégias subjacentes à atual política de ordem pública, é necessário levar em conta um elemento estrutural característico da fase atual do desenvolvimento do sistema tardo-capitalista. Este elemento estrutural é constituído pela tendência ao incremento da superpopulação relativa (desocupação e subocupação), à exploração e à marginalização de setores cada vez mais vastos da população (BARATTA, 2017, p. 195).

Neste norte, é impossível dissociarmos o manuseio dos instrumentos de repressão sócio-penal com uma histórica luta de classes que faz com que o Estado através do Judiciário assumam papel relevantíssimo na seleção e exclusão daqueles não fizeram parte do processo de normatização e estruturação dos quadros judiciais.

Neste norte, em meio a esta infinidade de instituições e contextos que exercem o controle social através da manutenção da hegemonia de certos discursos, o direito (e o processo) penal ganha protagonismo, surgindo o que a criminologia crítica chamou de controle social penal, controle sócio-penal ou apenas controle penal.

Segundo Andrade (2017, p. 163) trata-se de uma tendência de utilização do aparelho repressivo estatal contra os sujeitos estigmatizados, que tem como estratégia central a criação de crimes e penas bem como a relativização de garantias penais, processuais penais e penitenciárias.

Assim, o controle social penal se dá através das agências que compõem a estrutura do sistema de justiça criminal, que por sua vez possuem uma função declarada, que seria a garantia da paz e tranquilidade social, bem como a garantia de segurança jurídica, contudo, desempenham contrariamente ao prometido, um papel de garantia dos privilégios dos grupos dominantes de sempre através da manutenção dos excluídos à margem da sociedade.

Neste norte, ainda de acordo com Andrade:

Em linhas gerais, o controle penal do capitalismo globalizado neoliberal está às voltas, simultaneamente, com os problemas de estabilização da ordem e de controle de criminalidade, num contexto em que ordem e criminalidade apresentam limites confusos e superpostos, gerados/agravados por um quadro crescente de desemprego (estrutural), aumento da pobreza e exclusão social, individualismo e intolerância para com o outro. Esse quadro traduz o “regime do excesso”: excesso de pessoas tratadas como verdadeiros lixo humano, o excedente da economia do mercado globalizada, uma *underclass*, a “multidão”, os novos impuros (ANDRADE, 2012, p. 163).

É preciso ressaltar que os instrumentos de controle social penal são operados a partir de uma lógica seletiva. Ou seja, se a intenção de quem controla a estrutura estatal é a manutenção no poder dos mesmos de sempre, é importante que se defina quem são aquelas que não terão voz no contexto social e serão encarados como marginais.

Aí então se revela a real intenção do sistema penal e seus discursos: Controlar os grupos marginalizados, os quais são previamente selecionados e etiquetados.

A respeito da seleção daqueles que irão estar na mira do sistema penal, Baratta afirma que:

Mas se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observarmos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrosocialógica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, de uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente débeis (BARATTA, 2017, p. 106).

Ou seja, a seletividade diz respeito ao etiquetamento de quem será o destinatário da atividade normativo-repressiva do direito penal. Não há de fato uma preocupação com o fato criminoso em si, mas sim como quem está propenso a cometer determinada conduta criminosa. Na intenção de excluir os marginais e manter o *status quo*, se criam tipos penais e se direciona a repressão contra eles já se sabendo quem os cometerá, havendo assim o pretexto ideal para o encarceramento.

Neste norte, ensina Brisolla (1974):

Os conglomerados sociais instituem regras, cuja violação coloca os grupos ou categorias de pessoas que assim agem etiquetados como fora da lei. Dentro dessa perspectiva, o desvio de conduta ou a criminalidade não constituem uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas, antes, uma consequência da aplicação, por outras pessoas, de regras e sanções quando ao contraventor (BRISOLLA, 1974, p. 18).

As regras penais não são instituídas para todos, mas tem endereço certo. É evidente que o grupo que participa direta e indiretamente no processo de construção normativa não proporcione um sistema de repressão estatal que vá contra seus pares, mas sim, concentra seus esforços na eliminação, ou ao menos anulação dos que se encontram em outras esferas sociais.

Sobre o tema, Bianchini (2000, p. 62), assevera que “os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas”.

As conclusões encontradas acima estão umbilicalmente relacionadas como a atual situação do sistema carcerário do Brasil bem como de outros países de matriz econômica liberal, tendo como epicentro os Estados Unidos da América.

A respeito deste processo seletivo e excludente, Lola Aniyar de Castro afirma que:

Nesta espécie de círculo vicioso criam-se necessidades vitais e impele-se o homem a cada vez mais, entrar dentro da mecânica produção-consumo. As pessoas que não são aptas a produzir nesta sociedade, então marginalizadas, não interessam a ninguém. Os inválidos, os jovens, as pessoas com problemas mentais, os cegos, os anciãos, os delinquentes, os ociosos, não interessam a sociedade de consumo, porque são improdutivos. Por esta razão e que são os excluídos, os abandonados, os relegados a estas zonas de depósito que são os asilos, os cárceres e as escolas, porque não entram no terreno competitivo ao menos que sejam significativos como sujeitos de consumo. A sociedade capitalista e, pois, podemos dizê-lo, uma sociedade altamente negativa, egoísta e criminosa por natureza (CASTRO, 1983, pg. 26)

Trata-se de um processo de seleção daqueles que se adequam ou não ao processo produtivo do atual sistema econômico, sendo destinado a estes últimos, o destino de carregarem o estigma e viverem na constante mira do sistema repressivo.

Resta claro, nesse sentido que o discurso da ordem pública vem contribuindo sobremaneira para o fenômeno do Encarceramento em Massa. Tal fenômeno é o resultado de uma série de políticas estatais que visam controlar a sociedade marginalizada através do cárcere de forma desordenada e seletiva.

Apesar de ser um tema que não possui uma definição objetiva, até mesmo porque varia do contexto sociopolítico que é analisado, merece atenção a abordagem feita por Pastana (2009) que assim ensina:

Nesse novo arranjo político, o alarme social que se cria em torno da criminalidade acaba por provocar um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança, ainda que simbólica. Como resultado, observa-se um controle social autoritário, identificável, principalmente, pelo encarceramento em massa das classes populares (PASTANA, 2009, p. 314).

Segundo Azevedo (2004, p. 40) este processo de encarceramento em Massa corresponde a uma resposta estatal simbólica ante o clamor da sociedade por segurança pública, especialmente em razão da atuação da mídia e da ausência de uma verificação racional sobre a real eficácia da prisão como mecanismo de contenção de violência. O encarceramento em massa passa ser o destino de estados que passam a utilizar o direito penal como principal instrumento de controle e promoção de segurança e não mais como um instituto secundário que protegesse bens jurídicos.

Neste norte, Christie (1998) afirma que:

A população potencialmente perigosa é afastada e colocada sob completo controle, como matéria-prima para uma parte do próprio complexo industrial que os tornou supérfluos e ociosos fora dos muros da prisão. Matéria-prima para o controle do crime, ou, se quiserem, consumidores cativos de serviços da indústria do controle (CHRISTIE, 1998, p. 122).

Tal processo de utilização da prisão como instrumento de segurança pública apto a livrar a sociedade da criminalidade levou o Brasil à 3ª posição no ranking mundial de pessoas encarceradas, sendo que cerca de 35% desses presos são presos preventivos, em sua esmagadora maioria presos para a garantia da ordem pública, que como vimos, ninguém sabe ao certo o que é.

#### 5.4 É POSSÍVEL UMA RESSIGNIFICAÇÃO (OU SIGNIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA) DE ORDEM PÚBLICA?

A partir da presente pesquisa foi possível perceber que há uma série de dificuldades na utilização do conceito ordem pública e utilização desse fundamento como pressuposto autorizador de prisões preventivas que vão desde sua inaptidão

semântica até sua raiz autoritária. Contudo, cientes de que a exclusão dessa hipótese de fundamento para prisão cautelar do ordenamento jurídico brasileiro não se mostra algo crível, mesmo que boa parte da doutrina defenda sua inconstitucionalidade, é preciso que com base no aporte fornecido pela criminologia crítica possamos pensar em uma abordagem democrática ou pelos menos mais restrita desse conceito, no sentido de restringir seu indiscriminado uso em prol do encarceramento preventivo.

Neste norte, para propormos uma abordagem acerca de uma interpretação democrática do conceito da ordem pública, importante dar atenção à lição de Vera Regina de Andrade que propõe uma reflexão acerca de uma parceria entre criminologia crítica e a dogmática penal tradicional para se encontrar o que ele chama de um garantismo crítico e criminologicamente fundado. Neste sentido:

Delineia-se assim, o deslocamento de um garantismo abstrato, que segue guiando a Dogmática penal enquanto “Ciência normal”, bem como as práticas dogmáticas no sistema penal, para um garantismo crítico e criminologicamente fundado, que orienta a tematização da “ciência extraordinária”, que resgata e reatualiza, por sua vez, as próprias promessas da Dogmática penal para a modernidade, repensando-se sobre a seletividade estigmatizante e a letalidade dos sistemas penais vigentes. É esse garantismo que tem vindo a pensar e pautar decisões inéditas no sistema penal, produzindo compensação e tensão no ritmo da seletividade estigmatizante e mesmo da barbárie penal, e derrubando inclusive prisões genocidas; é este garantismo que entreabre um horizonte de esperança (de esperar), seja no sentido da urgente responsabilidade que pesa sobre os operadores de contenção da violência institucional, seja no sentido do derradeiro imperativo humanista e societário de invenção de modelos não violentos de controle social (ANDRADE, 2012, p. 234).

A partir desse pressuposto, é preciso inicialmente questionar se a respeito da ordem pública, deve-se perseguir uma ressignificação ou uma própria significação democrática, partindo do princípio que não há na dogmática nem na jurisprudência uma definição rígida do que seria esse fundamento?

Um caminho viável seria fazer uma filtragem a partir de uma hermenêutica constitucional a respeito do que vem se decidindo em termos de prisões preventivas com base no risco da ordem pública. Nesse sentido, no capítulo anterior quando analisamos decisões de primeiro e segundo grau a respeito de prisões provisórias baseadas nesse fundamento percebemos que a maior parte dos significados encontrados não encontram respaldo constitucional.

Neste norte, na presente pesquisa até então se delimitou o problema da ordem pública e também discorreu-se acerca da carga subjetiva, inconsciente e não aparente que está presente na atividade decisória do juiz criminal.

Assim, a partir da conclusão de que o juiz não decide conforme sua consciência, mas sim a partir de determinantes oriundos de sua posição de ser no mundo, nos surge então, na fase final desta pesquisa, o seguinte questionamento: Se o ser humano é dotado de subjetivismos e abstrações, e sua concepção sobre o objeto cognoscível é sempre ditada de acordo com suas peculiaridades, de que forma o juiz pode aproximar-se o máximo de uma atividade decisória democrática apta a controlar – dentro do possível – a discricionariedade, evitando assim, o decisionismo no campo penal, emprestando assim uma significação democrática e constitucional para o problemático fundamento da ordem pública?

Entendemos que o primeiro passo para que o juiz criminal possa de alguma forma (tentar) controlar seu inconsciente e seus subjetivismo, é que ele se reconheça como alguém normal e não como uma divindade, o que passa por uma crítica a própria estrutura da magistratura.

Sobre tal reconhecimento, diz o Seguinte Alexandre Morais da Rosa:

Além disso, no mundo jurídico existe disputa, inveja, revanchismo, hostilidade, prepotência, arrogância, corrupção. Não é o ideal professado nas aparências, definitivamente. Porém, dar conta dessa situação retira a carga messiânica, lembrando-se que a conta por decidir precisa, sempre, ser paga por alguém...

Assim é que abrir espaço para se reconhecer que os jogadores processuais e o julgador possuem inconsciente e que ele opera no ambiente forense é inadiável. Aproximar-se do processo penal com a psicanálise aumenta a complexidade, não fosse a simplicidade do sujeito consciente imaginário puro. E disso se faz processo penal (MORAES DA ROSA, 2015, p. 97).

Soares (2004, p. 70) chama a ilusão de que a decisão judicial é um ato racional de ingenuidade objetivista, e que apenas a superação desta ingenuidade - no sentido de um juiz perceber a sua própria tradição e a influência dela em sua decisão - poderá possibilitar uma compreensão mais próxima do real do ato decisório.

Neste ponto, “não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe” (MIRANDA COUTINHO, 1988, p. 143).

Divindades não cometem erros. Divindades decidem sempre certo. Seres divinos não são influenciados por situações determinantes nem mesmo pela

tradição, eles são os senhores da razão. O problema é, que juízes criminais não são seres divinos.

Neste passo, após reconhecer-se como um ser humano comum, que não está imune às influências externas que constituem a personalidade humana, o juiz deverá se apegar a mecanismos que limitam essa natural discricionariedade. É importante consignar a impossibilidade de o juiz exaurir totalmente a discricionariedade na atividade decisória, porquanto, por mais que existam limites decisórios no momento da interpretação, o invisível sempre terá papel importante na escolha de uma ou outra narrativa no momento de analisar a necessidade de uma prisão preventiva.

O limite mais adequado em se tratando o processo penal baseado em um garantismo crítico e criminologicamente fundado conforme já abordado, é a interpretação com parâmetros na Constituição Federal.

Neste norte, “o constitucionalismo ataca essa questão nos dois níveis, uma vez que derruba a ideia de uma confiança absoluta em algo como um legislador racional e, ao mesmo tempo, oferece freios ao voluntarismo judicial” (STRECK, 2014, p. 82).

Streck defende a ideia de que a única forma de se controlar o decisionismo gerado pela subjetividade humana, emprestando uma interpretação democrática é que o juiz se balize por princípios constitucionais. Diferente de Kelsen que defendeu a ideia de uma teoria pura do direito de aplicação racional da norma ao fato, e também diferente de Alexy, que em sua teoria da argumentação elege os princípios gerais do direito como fonte de ponderação nos *hard cases*, Lênio entende que os únicos princípios que podem balizar as decisões são aqueles presentes na carta maior, nos parecendo então, que é preciso realizar-se uma adequação do conceito da ordem pública àqueles preceitos reconhecidos pelo Constituição Federal de 1988.

Lênio discorda de Alexy, porque quando falamos em princípios gerais de direito, falamos de axiologia, ou seja, novamente voltamos ao campo da abstração, dos valores, da ideologia e da subjetividade. Tal modelo dá espaço para o que chama de panprincipiologismo, ou seja, a criação de e princípios para fazer parecer que a decisão não é discricionária e possui limites interpretativos.

Desta forma, não há outra saída, nos parece, senão cotejar sempre a decisão de se decretar uma prisão preventiva com o texto constitucional para atestar sua legalidade e adequação a um sistema democrático (STRECK, 2016, p 30-31).

Acerca desta utilização da constituição para controle da discricionariedade, ensina Aury Lopes Jr:

Há que se buscar na hermenêutica constitucional os instrumentos necessários para efetivar a filtragem constitucional, a conformidade da lei ordinária à Constituição, mas sem que isso descambe para o decisionismo ou o relativismo absurdo. É necessária muita maturidade científica para conseguir fazer o esforço honesto na leitura da Constituição (e da legislação ordinária, desde que filtrada, é claro) para chegar a uma interpretação que nem sempre é do nosso agrado, sem que isso signifique uma postura de ingênuo conformismo (LOPES JR. 2016, p. 889).

Continua o autor:

Para não incidir no erro do decisionismo, insiste-se na estrita observância das regras do devido processo penal, fundantes da instrumentalidade constitucional. O respeito às regras do jogo e a necessária filtragem constitucional criam condições de possibilidade para o equilíbrio entre os dois extremos (paleopositivismo e decisionismo) (LOPES JR. 2016, p. 890).

Desta forma, partindo do princípio que a utilização do fundamento ordem pública sem o devido filtro constitucional vem promovendo uma verdadeira avalanche de prisões provisórias sem motivação idônea, ao nosso ver, não há outro caminho senão a estrita observância os preceitos constitucionais como forma de limite interpretativo desse conceito aberto e de origem autoritária.

No mesmo norte, defendendo uma interpretação alinhada aos preceitos democráticos e que valorizem a cidadania, de dispositivos que restringem a liberdade, Machado ensina que:

[...] é mesmo muito problemática a tarefa de se estabelecer critérios bem definidos acerca do sentido, limite e alcance das normas que autorizam a custódia cautelar. Isto recomenda uma interpretação restritiva e parcimoniosa da lei, já que a prisão é sempre uma medida constrangedora, que atinge a liberdade individual e que, por isso, deve ser empregada moderadamente. Assim, se a mera interpretação gramatical não permite definir, com o rigor desejável, os sentidos semânticos dos vocábulos da lei, o intérprete deve fazê-lo tendo em vista o objetivo maior do processo que é a tutela da liberdade humana (MACHADO, 2005, p. 136-137).

Neste mesmo norte, Almeida Júnior (1959, p. 13), ensina que “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”, o que não representa o simples apego ao positivismo da escola da exegese, mas sim uma filtragem constitucional do conceito, que apesar de mais antigo do que a constituição de 1988 deve ser submetido à seu filtro.

Em outros termos, o que se espera é que o juiz, durante a atividade ponderativa de escolha de significados para justificar uma prisão com base na ordem pública opte sempre por aquela alinhada ao texto constitucional e interprete os dispositivos infraconstitucionais também em cotejo com a carta maior.

Trata-se de um verdadeiro apego absoluto e irrestrito às regras do texto constitucional que é o que essencialmente constitui o estado democrático de direito.

Se decidir é um ato de sentir, e não podemos sentir de forma certa ou errada, apenas sentimos, deve o juiz criminal consultar a Constituição Federal para verificar a adequação constitucional (ou não) de seus sentidos, especialmente quando trata-se de uma decisão que mitiga de forma gravíssima o importantíssimo direito de locomoção.

## 6 CONCLUSÃO

A utilização da mais gravosa das medidas cautelares existentes em um sistema de justiça criminal adequado aos anseios da Constituição Federal deveria se dar de forma racional, limitada e pautada na irrestrita instrumentalidade, ou seja, para resguardar aspectos puramente processuais.

Neste norte, se “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1998), durante o transcorrer processual, deveria o judiciário permitir o encarceramento provisório somente em raríssimas exceções, quando plenamente demonstrado, de maneira inequívoca, que o acusado reúne características personalíssimas que o impeçam de conviver em sociedade enquanto aguarda o julgamento de seu processo.

Contudo, o exposto acima encontra grande dificuldade para se materializar no sistema de justiça criminal brasileiro inicialmente pelo ranço autoritário que ainda constitui a legislação penal e processual penal brasileira, ambas constituídas sob uma perspectiva fascista e voltada para a amputação de direitos do cidadão em benefício da centralização do poder no estado, que promete em nome de tais sacrifícios a busca pela tranquilidade da coletividade.

Sob essa influência fascista foram construídos uma série de discursos que permeiam a atuação das agências de controle social (formal e informal) no Brasil, dentre eles o discurso de proteção da ordem pública, que facilitado pela introdução deste conceito na legislação em uma objetiva definição, veio se desenvolvendo como o principal fundamento para o crescimento vertiginoso do encarceramento provisório no país.

A respeito da produção de conceitos normativos genéricos que visam supostamente combater a desordem, Ferrajoli afirma que:

Estas normas, que se afirma responderem à necessidade de tutela preventiva da ordem pública contra o genérico "perigo de desordem" (art. 214), como se fossem um tipo de norma fundamental do ordenamento, são minas vagantes do ordenamento jurídico. Elas permitem, com base em medidas puramente potestativas, a suspensão administrativa da Constituição e, em geral, do ordenamento inteiro; e poderiam ser invocadas em qualquer momento para justificar uma subversão de poder. Significa dizer que, até sua derrogação expressa, elas constituirão uma pesada hipoteca sobre todo o conjunto de garantias legais e constitucionais, colocando o poder de polícia acima da Constituição (FERRAJOLI, 2020, p. 642).

Neste rumo, além da imprecisão semântica e das raízes autoritárias, outro fator demonstrou-se preponderante para o alastramento do discurso da ordem pública, qual seja, a constatação a partir de uma análise interdisciplinar que o juiz não decide dentro do processo penal a partir de um processo lógico-normativo, mas sim, sofre durante o processo decisório uma série de influências que irão variar a partir da sua experiência como ser humano, podendo partir de premissas completamente diferentes a depender do ambiente e contexto que se constituiu como pessoa.

Ou seja, se não sabemos o que de fato é ordem pública, cada juiz dirá o que é a partir de sua visão.

Desta forma, foi possível perceber a partir da análise da pequena amostragem de decisões judiciais pesquisadas na presente dissertação, que o discurso da ordem pública se manifesta a partir da magistratura com uma série de significados que não possuem qualquer respaldo normativo, bem como não retratam questões objetivas extraídas do processo, mas sim, representam uma preocupação dos juízes como a suposta tutela de direitos coletiva, calcada na segurança pública, em detrimento de direitos individuais, materializando aquela mesma ideologia já citada que permeia a própria sistemática processual a partir da influência fascista de nossa normatividade.

A partir destas conclusões, que revelam um grave problema na *práxis* processual penal brasileira, que não foram resolvidos pela dogmática penal tradicional, é preciso nos socorrermos da criminologia crítica que, a partir do paradigma da reação social, nos revela que a utilização de discursos como o de proteção da ordem pública, nada mais é do que a materialização do controle social formal por parte do judiciário.

Neste norte, faz-se urgente que a dogmática penal (e processual penal) passe a enfrentar suas problemáticas não mais a partir de suas próprias premissas, como se a construção de conceitos jurídicos sem a devida justificação sociológica tivessem algum efeito prático, e passem a perceber que a atividade normativa e jurisdicional, no que diz respeito a matéria penal, possuem uma clientela previamente selecionada e etiquetada, sendo necessário um verdadeiro giro na construção do saber.

Por fim, além desta apropriação da criminologia crítica, que devem fazer o penalismo e processualismo penal brasileiro, é preciso para que se busque uma

significação racional do conceito da ordem pública no sistema de justiça criminal brasileiro, que sua aplicação seja realizada a partir de um processo interpretativo-restritivo, com base na Constituição Federal de 1988. Ou seja, somente o apego a uma hermenêutica constitucional poderá conduzir a utilização do fundamento proteção da ordem pública para decretação de prisões preventivas a uma utilização residual, racional, limitada e subsidiária.

Portanto, a partir dos princípios consagrados na CRFB/88 é preciso que seja extirpada a utilização extensiva do vago conceito da ordem pública, que se desdobra em uma série de significados, passando a ser a contrário sensu, realizada uma utilização rigidamente restrita e que tenha espaço somente em situações excepcionalíssimas onde se vislumbre de fato o risco ao coletivo, e não a uma tutela de autoproteção dos estratos sociais dominantes que formam a maioria dos quadros da magistratura brasileira

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980.

ANDRADE, Vera Regina de. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

\_\_\_\_\_. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 39-48, Mar. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 7, n. 13, p.212-241, jan/jun. 2005. Disponível em:<<https://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf>>. Acesso em: 15 de mai. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociedade do direito penal**. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011, 4ª reimpressão, setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Coord.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.4, n.15, p.11-47, 2001.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 30, p.51-64, abr./jun. 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1934)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2019]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.288, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 14 de mar. 2019.

BRISOLLA, Carlos Eduardo de Barros. Labelling e estigmatização: novas teorias em criminologia. *In: Julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. 4º trimestre: out., nov. e dez. 1974. Lex Editora: São Paulo, 1974.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**. [S. l.: s. n.], 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2019

CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. *In: Bonato, Gilson (org.). Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Reação Social**. trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **O Regime Constitucional da Segurança Cidadã**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. E o juiz? **Boletim do IBCCRIM**. Ano 12. ed. n.º 144, p. 2-3. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 1988.

GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário.** [S. l.:] Odile Jacob, Instituto Piaget, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **O que é Criminologia?.** trad. Danilo Cymrot. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o inconsciente.** Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Patrick Mariano; ZACKSESKI, Cristina Maria. O que é Ordem Pública no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro. **Revista Brasileira de Segurança Pública.** São Paulo, v 10, n 1, p.108-125, fev/mar, 2016.

GUSDORF, Georges. Projet de recherche interdisciplinaire dans les sciences humaines. *In: Faculté des Lettres de l'Université de Strasbourg.* **Les sciences de l'homme sont des sciences humaines?** Paris: Diffusion Éditions OPHRYS, 1967.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) razão da prisão provisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

LACAN, Jacques. A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud. *In: Escritos.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LAZZARI, Felipe Silveira. **Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro.** 2020. Tese (Doutorado em Ciência Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

LEAL, Jackson da Silva. **Criminologia da Libertação: A construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil.** 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MELCHIOR, Antônio Pedro. **O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal.** Curitiba: Juruá, 2013.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal.** Curitiba: Juruá, 1998.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3. ed. ver., atual e ampl. - Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

\_\_\_\_\_. **Decisão Penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal.** 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição do real x controle penal: direito & psicanálise, via literatura.** Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** 13. ed. trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MOURA, Heronides Maurílio de Melo. **Significação: uma introdução a questões de semântica e pragmática e contexto.** Florianópolis: Insular, 1999.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso: princípios & procedimentos.** Campinas: Pontes Editores, 2002.

OLIVEIRA, Joyce Bacelar. O Inconsciente Lacaniano. **Psicanálise & Barroco em revista.** v.10, n.1, p.109-120, jul. 2012.

PACHECO, Mariana Pimental Fischer. **Subjetividade, Ética e Complexidade no Direito: a segurança que vem da admissão da insegurança: uma crítica à pressuposição de onipotência que subjaz às razões jurídicas.** 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2004.

PASTANA, Débora Regina. Estado Punitivo e Encarceramento em Massa: Retratos do Brasil Atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n.77, p. 313–330, mar./abr, 2009.

PAULA, G. **O ensino de criminologia na formação policial.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2007.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación.** Teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. trad. Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 49.

PÊCHEUX, M. Apresentação da AAD. *In*: GADET, F.,; HAK, H. **Por uma análise automática do discurso**: Uma introdução à obra de Michel Pêcheux. Campinas: Pontes, 1990.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6 ed. São Paulo: LTr, 2013

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n.50200 72-79.2020.8.24.0000**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Sérgio Rizelo. Florianópolis, 21 de julho de 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595364612233770456151574845&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595364612233770456151574845&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 27 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5019373 -88.2020.8.24.0000**. 3ª Câmara Criminal. Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann, 21 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595438469461018473995504666&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595438469461018473995504666&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 27 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5019061-15.2020.8.24.0000**. 1ª Câmara Criminal. Relator: Paulo Roberto Sartorato, 21 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595538996788596164989392979&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595538996788596164989392979&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 27 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n.5017584-54.2020.8.24.0000**. 5ª Câmara Criminal. Relator: Cíntia Beatriz Da Silva Bittencourt Schaeffer, 23 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595533129170001684023920092&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595533129170001684023920092&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 28 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5017907-59.2020.8.24.0000**. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli, 23 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595602020219911101313587685&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595602020219911101313587685&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 28 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5017788-98.2020.8.24.0000**. 5ª Câmara Criminal. Relator: Antônio Zoldan Da Veiga, 23 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595608606269637101980295253&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595608606269637101980295253&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 28 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n.5017973-39.2020.8.24.0000**. 1ª Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Civinski, 16 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321594933965712216301016976400&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321594933965712216301016976400&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 28 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5020105-69.2020.8.24.0000**. 2ª Câmara Criminal. Relator: Norival Acácio Engel, 21 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595464519324547246586779871&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595464519324547246586779871&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 28 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5016052-45.2020.8.24.0000**. 5ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Neri Oliveira De Souza, 16 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595007642743319078689721150&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595007642743319078689721150&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 29 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Criminal n. 5017074-41.2020.8.24.0000**. 1ª Câmara Criminal. Relator: Hildemar Meneguzzi De Carvalho, 16 de julho 2020. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321595254231604255355810380314&categoria=acordao\\_eproc](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321595254231604255355810380314&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 29 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n. 50109642420208240033**. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itajaí. 30 de junho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311590856126569661613729427520&evento=311590856126569661613729466300&key=c22974f6442a5600f6080800413de882bc32661a9309f7f102c67f0d037d61e1&hash=dab1ca5b4b9137d3da0763546d3b0566](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311590856126569661613729427520&evento=311590856126569661613729466300&key=c22974f6442a5600f6080800413de882bc32661a9309f7f102c67f0d037d61e1&hash=dab1ca5b4b9137d3da0763546d3b0566). Acesso em: 10 mai. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n.50171521120208240008**. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau. 27 de junho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311593258139396386596592139866&evento=311593258139396386596595118547&key=f7be95a2cc6d6e3ec11058680fc4b17842f722e05efef9e054e227e069907559&hash=0c2254363dbf9720ba6e7b7ef8196497](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311593258139396386596592139866&evento=311593258139396386596595118547&key=f7be95a2cc6d6e3ec11058680fc4b17842f722e05efef9e054e227e069907559&hash=0c2254363dbf9720ba6e7b7ef8196497). Acesso em: 29 jun. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n.50005034820208240144**. Juízo da Vara Única da Comarca de Rio do Oeste. 02 de julho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311593708045088525422830955420&evento=311593708045088525422830976403&key=541307a8c5356d30224dd44da5027ada75575882a810ee06de2c52a1fa8b38e9&hash=4f99e7a04d1a61eb241bd47902eef1b9](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311593708045088525422830955420&evento=311593708045088525422830976403&key=541307a8c5356d30224dd44da5027ada75575882a810ee06de2c52a1fa8b38e9&hash=4f99e7a04d1a61eb241bd47902eef1b9). Acesso em: 17 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n.50070926220208240045**. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça. 03 de julho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311593790185231222312362753345&evento=31159379018523122231236278](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311593790185231222312362753345&evento=31159379018523122231236278)

3548&key=4c5eb24e51e66c9461d7f6d1c640da51960d7574be1a63b9c6b3cf48bca6c396&hash=48ea960e4cd086803e48eb5afe518b24. Acesso em: 16 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n.50058499020208240075**. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão. 18 de junho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311592515080963589407319377997&evento=311592515080963589407319394810&key=2e4848cf8c600861c615b70c2436f4204766912d06264f4490a80c2bbf931498&hash=05be482c084e713f0d356ca32bb93c38](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311592515080963589407319377997&evento=311592515080963589407319394810&key=2e4848cf8c600861c615b70c2436f4204766912d06264f4490a80c2bbf931498&hash=05be482c084e713f0d356ca32bb93c38). Acesso em: 16 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Alvará nº 310004178704. **Processo n. 50098205420208240020**. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma. 19 de junho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311592540570347948792973905077&evento=311592540570347948792978265571&key=61ba8afefc87d054f3176a8d7ae5d7c7f27bf98984fb13091a2dad2136febf8&hash=2d48977486dd8791454dd720f0709336](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311592540570347948792973905077&evento=311592540570347948792978265571&key=61ba8afefc87d054f3176a8d7ae5d7c7f27bf98984fb13091a2dad2136febf8&hash=2d48977486dd8791454dd720f0709336). Acesso em: 16 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Termo de Audiência. **Processo n.50036204620208240015**. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Canoinhas. 14 de junho de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311592150084136362369492579115&evento=311592150084136362369492623454&key=07787cd88a6dd58ef954a60b10b256af70ec784176abe4dfec39518f57d625fd&hash=a1d82ff76c34a24d65e784fa63c6ee45](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311592150084136362369492579115&evento=311592150084136362369492623454&key=07787cd88a6dd58ef954a60b10b256af70ec784176abe4dfec39518f57d625fd&hash=a1d82ff76c34a24d65e784fa63c6ee45). Acesso em: 16 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n.50133994620208240008**. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau. 22 de mai de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311590156566748763812220980075&evento=311590156566748763812220997900&key=35fc3a3d95c86ff416971c047c899635d1b0d3a6e649c48007384ea2f33428ff&hash=763078d8a713558907177878f0f39121](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311590156566748763812220980075&evento=311590156566748763812220997900&key=35fc3a3d95c86ff416971c047c899635d1b0d3a6e649c48007384ea2f33428ff&hash=763078d8a713558907177878f0f39121). Acesso em: 17 jul. 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Despacho. **Processo n.50068278720208240036**. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaraguá do Sul. 30 de mai de 2020. Disponível em: [https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=311590842373432599123884997763&evento=311590842373432599123885100912&key=27752a0a471edb75fb8df4b7cb41365f1dd6b5a8e03d2222c08158578dac9e5&hash=a2bbddef5554e0153282304a82d619f2](https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=311590842373432599123884997763&evento=311590842373432599123885100912&key=27752a0a471edb75fb8df4b7cb41365f1dd6b5a8e03d2222c08158578dac9e5&hash=a2bbddef5554e0153282304a82d619f2). Acesso em: 17 jul. 2020

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Mariana de Maraes. **Direito, Ciência do Social: o lugar dos juristas nos debates do Brasil nos anos 1930 e 1940**. In Estudos Históricos. V 2. n. 58, Rio de Janeiro, 2016. p. 453.

SOARES, Luisa Eduardo. **Hermenêutica e ciências humanas**. In: **GAUER, Ruth M. Chittó (org.). A qualidade do tempo: para além das experiências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P.70.

SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. ver., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2.ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Tomo I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 34.

\_\_\_\_\_. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2011.