XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

FELIX ARAUJO NETO

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos; Felix Araujo Neto; Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-402-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminal. 3. Proteção dos Direitos. 4. Políticas Públicas. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, da Universidade Católica de Brasília – UCB, do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e do Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, propiciou a realização do o XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, no período de 19 a 21 de julho de 2017, em Brasília/DF, com o tema "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas".

No GT de Criminologias e Política Criminal II, foram apresentados dez trabalhos científicos de autoria de pesquisadores e pesquisadoras do Sistema Nacional de Pós-graduação brasileiro, que trataram das seguintes temáticas: a) criminalidade organizada; b) corrupção; c) recrudescimento penal; d) direito penal do inimigo; e) prisão cautelar; f) sistema prisional; g) delinquência juvenil; e, h) inter-relação entre direito penal e criminologia.

Os títulos dos artigos deixam bastante clara a inter-relação entre os mesmos, o que propiciou um debate muito rico entre os participantes presentes, além dos próprios autores e autoras, como se nota: DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA: UMA INTER RELAÇÃO; O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: SOBRE A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL; FÁBRICA DE CÁRCERES: A PRISÃO COMO NEGÓCIO; OS NÚMEROS DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA: DA POLÍTICA CRIMINAL DE "LEI E ORDEM" À BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR; GARANTIR A ORDEM PÚBLICA: DESAFIOS PARA ALÉM DA PRISÃO PREVENTIVA; O FENÔMENO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL ANALISADO A PARTIR DAS OBRAS "CAPITÃES DE AREIA" E "PIXOTE, A LEI DO MAIS FRACO"; CRIMINALIDADE ORGANIZADA: PRINCIPAIS MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO; A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO ESTRATÉGIA INOVADORA DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO; DA TEORIA DOS SISTEMAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA ANÁLISE CRÍTICA; DIREITO PENAL DO INIMIGO: UMA VISÃO CRÍTICA E COMPARATIVA DE EDMUNDO MEZGER, GÜINTER JAKOBS AOS DIAS ATUAIS.

A excelência científica dos artigos e a profundidade dos debates propiciaram a realização de três blocos de comunicações, cujos eixos centrais podem ser destacados como referentes à (1)

violência institucional e a seletividade penal; (2) criminalidade organizada; e, (3) análise crítica do direito penal do inimigo.

A representatividade do Sistema Nacional de Pós-graduação, na Área do Direito, restou contemplada, na medida em que os dois coordenadores e a coordenadora do GT, autores e autoras dos artigos são vinculados às seguintes instituições de ensino superior (IES): UNESP, UFG, UEPB, UFPA, FAMETRO, UCAM, UNIALFA, FUMEC/MG, FADIC, UFF, ESDHC, UCP, UNICAP, UFPE, UPF, UNISC, IBMEC/RJ, UFRJ, UFMS e UCDB.

Neste momento em que se encontra a sociedade brasileira, vivenciando diferentes espécies de crises, como a crise moral, a crise de representatividade do sistema político e das políticas públicas, a crise do sistema de segurança pública, a crise do sistema de justiça penal e a crise do sistema penitenciário. Essas crises não se resolvem com os fenômenos da inflação da legislação penal, nem com a ampliação do alcance penal e do aprisionamento, da busca do eficientismo penal, da superlotação carcerária, mas por meio das políticas públicas nos diversos setores e, particularmente, no amplo espectro do sistema penal. O papel do Direito, diante das crises e das desigualdades, reclama os aportes teóricos da Criminologia e da Política Criminal.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, e se tornarão referência para as pesquisas de excelência na temática de "Criminologia e Política Criminal".

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 45, subscrita pelos três Coordenadores revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores e pesquisadoras da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Brasília/DF, 19 a 21 de julho de 2017.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP)

Profª. Drª. Bartira Macedo Miranda Santos (UFG)

Prof. Dr. Félix Araujo Neto (UEPB)

OS NÚMEROS DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA: DA POLÍTICA CRIMINAL DE "LEI E ORDEM" À BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

THE NUMBERS OF THE BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE: FROM THE CRIMINAL POLICY OF "LAW AND ORDER" TO THE BANALIZATION OF PREVENTIVE DETENTION

Fábio Aragone Andrade de Oliveira
Ronald Pinheiro Rodrigues

Resumo

O presente artigo tem por objetivo identificar, a partir do método dedutivo de abordagem, os fatores contributivos para a consolidação da atual crise de superpopulação carcerária. Busca-se, com isto, proporcionar uma visão panorâmica, embora não superficial, sobre as raízes do atabalhoamento no sistema penitenciário, cujo quadro demonstra-se cada vez mais caótico. Para tanto, inicia-se o exame da matéria a partir de uma análise estatística da população carcerária, cujos parâmetros servirão como base para o desenvolvimento do estudo acerca da política criminal adotada pelo legislador e do rumo traçado pela Justiça Penal Brasileira.

Palavras-chave: Justiça penal, Política criminal, Prisão cautelar, Sistema penitenciário, Superpopulação carcerária

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to identify, from the deductive approach method, the contributory factors to consolidation of the present penitentiary overpopulation crisis. Therewith, it is aimed to provide a panoramic vision, although not superficial, about the roots of the penitentiary system disorder, whose situation is becoming increasingly chaotic. In order to do so, it is begin the investigation from a statistical analysis about the penitentiary population, whose parameters will serve as basis to the development of the study about the criminal policy adopted by legislator and the course traced by the Brazilian Criminal Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal justice, Criminal policy, Preventive detention, Penitentiary system, Penitentiary overpopulation

Introdução

Nos últimos doze anos, a população carcerária brasileira mais do que duplicou. Até 2005, pouco mais de 250.000 detentos ocupavam os corredores das penitenciárias em todo o país (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 101). Atualmente, esta mesma população já ultrapassa 620.000 detentos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b, p. 18), e permanece a crescer. Todos os anos, a quantidade de detentos inseridos no sistema penitenciário excede significativamente o número de saídas. Isto significa que cada vez mais detentos passam a ocupar os corredores dos estabelecimentos penitenciários, sem, contudo, que exista análoga proporcionalidade na rotatividade de saída no ponto contrário.

Como corolário lógico deste efeito "bola de neve", instalou-se uma verdadeira crise de superpopulação carcerária que navega rumo ao "desmonte irreversível do sistema punitivo no direito penal brasileiro", na medida em que "o número de presos sofre um acréscimo numa proporção que não tem condições de ser adequada à quantidade de vagas", consequentemente consolidando-se um "caótico sistema prisional em que os condenados são aglomerados como sardinhas em lata, em total desrespeito à dignidade" (FRANCO, 2007, p. 579-583).

No presente trabalho, objetiva-se identificar, a partir do método dedutivo de abordagem, quais fatores – e o modo pelo qual – contribuíram para a consolidação do lamentável cenário atual. Em linhas gerais, o objeto desta pesquisa se concentra na esfera de confluência entre as perspectivas dogmática e pragmática do problema, em cuja essência revela um ciclo vicioso insustentável. Busca-se, com isto, proporcionar uma visão panorâmica, embora não superficial, sobre as raízes do atabalhoamento no sistema penitenciário, de modo a contribuir para o desenvolvimento de estudos dirigidos, não ao efeito da causa, mas à causa do efeito.

Para tanto, não se poderia iniciar o exame da matéria senão a partir de uma análise estatística da população carcerária, a fim de identificar os elementos em comum à maior parte dos casos, o que será abordado no tópico inaugural do presente trabalho. Com base em tais parâmetros, há de se desenvolver o estudo acerca da política criminal adotada pelo legislador – que, sob discursos de "lei e ordem", permanece caminhando a passos largos sobre garantias constitucionalmente asseguradas – e do rumo traçado pela justiça penal brasileira – na qual, sob a invocação de "garantia à ordem pública", cada vez mais se alargam medidas de cautela –, assuntos sobre os quais versam os tópicos subsequentes.

1 Os números da Justiça Penal Brasileira

Em pouco mais de uma década, a população carcerária cresceu em número suficiente para ocupar todas as vagas atualmente disponíveis no sistema penitenciário. Isto significa que, se todos os presídios houvessem sido esvaziados no ano de 2005 – quando esta mesma população pouco excedia 250.000 detentos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 101) –, apenas a quantidade daqueles posteriormente inseridos no sistema equivaleria ao limite populacional dos estabelecimentos penitenciários brasileiros – incluindo-se aqueles construídos durante o respectivo período – que, embora disponham de aproximadamente 370.000 vagas, atualmente comportam mais de 620.000 detentos, apresentando uma taxa de ocupação que ultrapassa a proporção correspondente a 167%. Somente em 2014, aproximadamente 260.000 novos detentos passaram a ocupar os corredores dos estabelecimentos prisionais, ao passo que o número de saídas pouco excedera 180.000, incluindo-se os foragidos e mortos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b, p. 18-23). Em determinadas unidades federativas, a exemplo do Estado de Roraima, a relação entre a quantidade de prisões cautelares e o respectivo número de vagas atinge a espantosa proporção de 14 detentos para cada vaga destinada a presos provisórios (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 102).

O limite populacional das penitenciárias brasileiras, entretanto, não é o único problema. Segundo as informações divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão subordinado ao Ministério da Justiça (2014a, p. 75; 2014b, p. 69), existem pouco mais de 76.000 servidores em atividade de custódia e aproximadamente 700 médicos – dos quais apenas cerca de 450 são clínicos gerais – para atender a demanda populacional do sistema penitenciário em todo o Brasil. Isto significa que, para cada 2.000 detentos, há pouco mais de 250 agentes penitenciários e aproximadamente 2 médicos, dos quais somente um é clínico geral. Como corolário lógico desta desproporção entre o número de detentos e a quantidade de servidores públicos em atividade, observou-se o aumento no número de mortes violentas ou decorrentes de doenças contagiosas. Apenas em 2014, foram registrados mais de 1.150 óbitos ocorridos nas dependências dos estabelecimentos prisionais durante o respectivo período, e mais de 22.000 casos de agravos transmissíveis, como HIV, sífilis, hepatite e tuberculose (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 110-111).

De acordo com o relatório estatístico apresentado no último Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016, p. 102), estima-se que existem aproximadamente

213.000 presos provisórios recolhidos nos estabelecimentos penitenciários e cerca de 250.000 condenados que cumprem pena em regime fechado, o que equivaleria, respectivamente, a 46% e 54% da população carcerária deste regime. Em determinados estados, como é o caso do Amazonas, a quantidade de prisões cautelares atinge proporções assustadoras: de um lado, existem somente cerca de 1.600 condenados que cumprem pena em regime fechado; de outro, as penitenciárias amazonenses já comportam mais de 4.500 presos provisórios, ultrapassando 74% do número de detentos recolhidos nos respectivos estabelecimentos.

Conforme o último levantamento nacional de informações penitenciárias, observa-se que as infrações contra o patrimônio e tráfico ilícito de entorpecentes correspondem a 74% das condenações (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b, p. 32-47). Este percentual equivale a 40% dos detentos que ocupam as penitenciárias brasileiras, além daqueles reclusos em virtude de prisão cautelar decretada em processos relacionados a estes delitos. Isto significa que apenas 14% dos condenados cumprem pena em regime fechado exclusivamente em razão de sentença com trânsito em julgado por outros crimes, ao passo que 86% dos detentos recolhidos nos estabelecimentos penitenciários correspondem a presos provisórios ou condenados por infrações contra o patrimônio e tráfico ilícito de entorpecentes. São, em sua maior parte, justamente aqueles "mais pobres, menos escolarizados, com pior acesso à defesa e reincidentes". Mais de 90% dos detentos não possuem ensino médio completo, dos quais cerca de 2/3 sequer teriam chegado a completar o ensino fundamental. No Estado de Alagoas, a quantidade de analfabetos ultrapassa 21% da população carcerária.

Com base nestas estatísticas, percebe-se que quase a totalidade dos detentos enquadram-se ao menos em dois dos seguintes grupos: presos provisórios, acusados ou condenados por delitos patrimoniais ou tráfico ilícito de entorpecentes, reincidentes, pessoas com baixíssimo grau de escolaridade ou pertencentes à classe social menos favorecida. Com efeito, se o que se busca é identificar os fatores contributivos para a consolidação da lamentável crise populacional do sistema penitenciário brasileiro, o estudo há de ser desenvolvido a partir de tais parâmetros, o que não significa, todavia, que se deve examiná-los sob uma perspectiva subjetiva ou criminológica, mas, pelo contrário, há de se analisá-los sob uma ótica estritamente objetiva, investigando-se, não as características individuais daqueles que cometeram crimes, mas os próprios crimes como fatos ou fenômenos sociojurídicos.

2 A política criminal de "lei e ordem": da alienação técnica do político à ineficácia pragmática do utilitarismo simbólico

No início da década de 1970, o crescimento dos índices de criminalidade estadunidenses reascendera ideologias outrora abandonadas, retomando-se discursos de prevenção do crime através da ampliação da repressão penal. Gabriel Ignacio Anitua (2005, p. 487-491), em seu excelente trabalho sobre o tema, esclarece que esta política criminal reflorescera a partir da ideia que os índices delitivos haviam crescido em virtude da diminuição das possibilidades de detenção, condenação e severos castigos. Neste passo, "as considerações dissuasivas deviam ajustar o nível geral de imposição de penas", bem como os "delinquentes perigosos ou reincidentes deviam ser sujeitos a penalidade mais severas", uma vez que seria muito "mais fácil dissuadir do que reabilitar". A este pensamento agregaram-se ideias sociológicas, como a de "deter os suspeitos de sempre antes que realizem fatos graves, devidamente difundidas por todos os meios de acesso massivo", através dos quais angariaram particular "popularidade no âmbito latino-americano". O "discurso do medo" tornava-se cada vez mais frequente nas medidas repressivas à criminalidade, com o objetivo de transmitir à sociedade uma utópica sensação de segurança. A partir da política criminal de "tolerância zero", declarava-se guerra a delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, as associações criminosas e outros tipos penais – mormente aqueles que tivessem por objeto de tutela o patrimônio –, valendo-se de rigorosíssimas punições impostas pelo legislativo e judiciário, afastando-se da proposta de ressocialização em prol do discurso de "castigar e excluir".

Nas palavras do referido autor, "parece mentira a forma em que se recuperam pensamentos que pareciam abandonados, sobretudo se se considera que esse abandono proviera de sua total demonstração dos erros protuberantes que continham". Como afirma o próprio jurista, entretanto, "muitas vezes pensamentos científicos que parecem abandonados ressurgem por força de necessidades políticas ou ideológicas" (IGNACIO ANITUA, 2005, p. 493). Sob este imperialismo antigarantista dos discursos de "lei e ordem", no entanto, inexistem fundamentos epistemológicos da dogmática penal. Um discurso jurídico, explica Zaffaroni (2005, p. 74), "é uma elaboração intelectual que é oferecida ao poder judicial como projeto de jurisprudência coerente e não contraditória, adequada às leis vigentes (às constitucionais e internacionais em primeiro lugar)". A ideologia de "castigar e punir", por outro lado, repousa exclusivamente sobre o discurso de que medidas repressivas à criminalidade justificam-se em virtude da necessidade de reafirmar o poder estatal e, com isto,

restaurar a ordem jurídica mediante a veemência na repressão penal de seus autores. Dentre outros fatores, baseia-se no utilitarismo dissuasivo da pena à luz sob a ótica da relação "custo x benefício", sobre a qual refletiria o potencial criminoso antes de praticar a infração pretendida, de modo que se absteria de cometê-la se os custos deste ato superassem os benefícios que pudesse vir a obter. Considerando que a grande maioria daqueles que cometem crimes patrimoniais "tem pouco a perder por sua situação de pobreza, o cárcere aparece como pena ideal". (IGNACIO ANITUA, 2005, p. 495-497).

Se, de um lado, a magnitude punitiva e a certeza de condenação serviriam de instrumentos para reforçar o aspecto negativo da prevenção geral, de outro, o castigo daqueles que escolheram desafiar o Estado serviria de mensagem aos demais indivíduos que pretendessem fazê-lo, reforçando, assim, também o aspecto positivo da função preventiva da pena, a qual se revestiria de "valor simbólico que fortalece a consciência jurídica", exercendo um "efeito social pedagógico de respeito às normas". O utilitarismo simbólico fundado na imposição de "valores morais tradicionais" através da política de "lei e ordem" angariou particular amparo no "chamado 'populismo punitivo', pois, sob a invocação de 'justiça', perseguir-se-ia satisfazer uma suposta demanda social de maior rigor para aqueles que a 'merecem'" (IGNACIO ANITUA, 2005, p. 498-503).

Diante deste retribucionismo exacerbado, observou-se o aumento do número de detentos nos Estados que adotaram esta política criminal, cujo modelo viria a ser importado por países sul-americanos, incluindo o Brasil. Neste passo, penas cada vez mais rigorosas viriam a ser estabelecidas em intervalos de tempo cada vez menores. Este pensamento de "merecimento" sobre o qual repousaria o "populismo punitivo" tornar-se-ia cada vez maior na política criminal adotada pelo Estado, cujo poder repressivo submeter-se-ia à limitações cada vez menores. A ideia de "lei e ordem" – "que houvera mesclado o castigo com a prevenção do delito" – passaria a prevalecer sobre a própria proporcionalidade punitiva, em cuja essência carregaria a função de transmitir a "mensagem de censura merecida", o que não ocorreria através de "penas excessivas", notadamente porque "em uma sociedade injusta, é difícil que haja justiça" (IGNACIO ANITUA, 2005, p. 504-507).

Na legislação brasileira, por exemplo, pode-se apontar a "atabalhoada Lei 8.072/1990" como nítido paradigma desta ideologia punitivista, na medida em que a excessiva majoração punitiva de determinados tipos penais que taxara de *hediondos* "não obedeceu a nenhum critério de lógica e de técnica legislativa, não se podendo, portanto, dela retirar nenhuma racional conclusão" (FRANCO, 2007, p. 361). Pelo contrário, grande parte das modificações que trouxera apresentam-se à margem da epistemologia jurídica, sendo tão

somente resultado da política dirigida à redução dos índices de criminalidade, como pode se observar na própria exposição de motivos do projeto legislativo que a originou, cujos argumentos basearam-se na intenção de coibir "atividades delituosas mais nefastas e que cresce dia a dia em qualidade e quantidade", justificando-se que "o aumento da pena destina-se, como é óbvio, a desestimular os eventuais criminosos" (BRASIL, 1990). Tomando-se como exemplo a infração tipificada no art. 159, § 3°, percebe-se que, por maior que seja a sua reprovabilidade *moral*, não seria incorreto afirmar que atualmente comporta uma punição manifestamente desproporcional à reprovabilidade *jurídica* dos próprios eventos criminosos que integram a estrutura da respectiva figura típica, cujos espantosos limites do preceito sancionatório – vinte e quatro a trinta anos – equivalem, de um lado, ao dobro da pena mínima cominada para o homicídio qualificado e, de outro, ao triplo da pena máxima estabelecida para o crime base.

O legislador, segundo Franco (2007, p. 332-334), "atendendo ao contagiante clima psicológico de pavor criado pelos meios de comunicação social e aos interesses imediatos de estratos sociais privilegiados", teria extrapolado os limites da proporcionalidade, na medida em que "alterou, sem obedecer a regras mínimas de coerência e bom senso, sanções punitivas referentes a determinadas figuras criminosas", especialmente "no tratamento sancionatório dado ao tipo da extorsão mediante sequestro", cujo flagrante exagero punitivo revela o inequívoco objetivo ideológico de "dar tutela mais completa ao patrimônio particular, em detrimento de interesses coletivos mais relevantes como os da administração pública ou de bens jurídicos mais transcendentes como a vida". Em suas palavras, "o desprezo, no momento legislativo, ao princípio da proporcionalidade poderá, portanto, acarretar, mesmo num regime democrático, a elaboração de leis penais autoritárias", de modo que "a cominação punitiva de determinadas condutas extrapole, de forma desmesurada, a gravidade ou a danosidade que elas representam para a sociedade como um todo".

O rumo traçado nesta política criminal construída à margem dos fundamentos epistemológicos da dogmática jurídico-penal conduzira à "nova penologia" do século XXI, desta vez baseada na ideia de prevenção de riscos, que nada mais retrataria senão uma *nova roupagem* a velhas ideologias. Parafraseando Ignacio Anitua (2005, p. 508-512), as propostas de penalização antecipada de condutas que supostamente pudessem expor bens jurídicos a perigo – por mais abstrato que seja –, remonta ideais outrora abandonados pela ciência jurídica. A prevenção dos efeitos, nesta perspectiva, voltaria a prevalecer sobre o trato das respectivas causas. O sistema penitenciário, por sua vez, nada mais serviria senão como instrumento para a redução destes riscos, afastando-se da "utopia reeducativa" e

consequentemente volvendo-se ao "modelo de leprosário" no qual se restringe fisicamente a possibilidade de os detentos praticarem novos delitos. A função da pena no século XXI, deste modo, passa a assumir o verdadeiro caráter de exclusão, que inevitavelmente viria a apresentar reflexos no "problemático universo da população criminal". Como bem pontua o citado autor, "estas ideias não correspondem a nenhuma teoria que se possa classificar de jurídica", na medida em que apresentam mais contradições com as garantias penais e os direitos humanos do que a com a própria ideologia do positivismo criminológico, sob o prisma da qual a ação criminosa seria, não o objeto de reprovação jurídica, mas um "mero sintoma de uma periculosidade que deve formar o objeto de uma medida preventiva de defesa" (BETTIOL, 1971, p. 217).

A quantificação da pena à luz do positivismo criminológico, explica Leonardo Siqueira (2016, p. 40), é baseada no "que o indivíduo é, a sua personalidade, a sua vida pregressa e a sua conduta social". Em suas palavras, quanto mais o indivíduo diferencia-se "do padrão ético estabelecido, maior deve ser o processo (pena) de 'ressocialização' dele, pois é necessário mais tempo para fazê-lo aceitar e seguir os determinados padrões de comportamento". Não menos semelhante é a relação que esta "nova penologia" possui com a ideia de fim do Direito Penal de Franz von Liszt (1995, p. 83-96), sob a ótica da qual a quantificação da pena poderia – e deveria – basear-se em sua função social a partir de três ideais: *dissuadir* os delinquentes ocasionais, *corrigir* os delinquentes corrigíveis e *inocuizar* os delinquentes incorrigíveis. Nesta perspectiva, a pena dirigir-se-ia, não contra a infração, mas contra o delinquente. Tratar-se-ia de um instrumento de prevenção mediante a repressão, cujo fundamento residiria, não na reprovabilidade do fato, mas na associabilidade do indivíduo, tomando-se como base as três classes de criminosos supramencionadas.

Se, de um lado, pode-se afirmar "não ser possível essa harmonia entre a culpabilidade do fato e esses elementos que se referem exclusivamente à vida do agente" (SIQUEIRA, 2016, p. 66), de outro, análoga "incapacitação seletiva" demonstra-se evidente em normas cujos critérios norteadores são baseados na avaliação dos riscos que o indivíduo representa, de modo que, mediante o encarceramento dos reincidentes, menos seriam os crimes que cometeriam e as vezes que seriam processados. Mantendo-os encarcerados, busca-se "transmitir valores de 'lei e ordem', de acordo com os quais o Estado é mais forte 'fazendo justiça', pois a dureza é merecida por aqueles que repetidamente causam danos e perdas a outros". Objetiva-se, com isto, não apenas "ganhar eleições", mas também *inocuizar* aqueles que apresentam "perfil de riscos", valendo-se de uma política totalitária como instrumento de combate ao "problema da reincidência" (IGNACIO ANITUA, 2005, p. 512-515).

Como fato incontroverso, a dogmática jurídico-penal há muito abandonara os arcaicos pensamentos de que a pena serviria como instrumento repressivo ao perfil individual dos criminosos. Hodiernamente, é inegável que a reprovabilidade penal deveria recair, não sobre o autor do fato, mas sobre o fato do autor. Não se poderia afirmar, todavia, que o direito brasileiro contemporâneo teria abandonado, por completo, os vestígios remanescentes de ideologias até então superadas pela ciência jurídica. Muito embora o legislador de 1984, ao abolir a possibilidade de imposição de medida de segurança em face da periculosidade daquele que praticasse o denominado "delito impossível", houvesse progredido rumo ao Direito Penal do fato, absteve-se de afastar outras normas em cuja essência também carregariam ideais do Direito Penal do autor. Perceba-se que a quantificação da pena à luz do art. 59 do diploma penal atualmente vigente é fundada em critérios essencialmente subjetivos que nenhuma relação possuem com a reprovabilidade penal do fato.

Análogo subjetivismo reside nas inúmeras normas relacionadas à dosimetria e execução penal que recaem exclusivamente sobre os reincidentes, tratando-se de forma mais rigorosa, como se a reprovabilidade penal do fato fosse diversa no lapso temporal entre o trânsito em julgado da condenação anterior e o decurso de cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena (arts. 63 e 64). Dentre os efeitos penais da reincidência, observa-se o maior rigor na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, § 2°), a parcial vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, inc. II e § 3°), o seu caráter preponderante como circunstância agravante da pena base (arts. 61, inc. I, e 67), a vedação à suspensão condicional da pena (art. 77, inc. I), o maior rigor na concessão do livramento condicional (art. 83, incs. I, III e V) e no reconhecimento da prescrição punitiva e executória (arts. 110 e 117, inc. I), bem como a maior severidade das penas aplicáveis a determinados tipos penais (arts. 149-A, § 2°, 155, § 2°, 168-A, § 3°, 171, § 1°, 180, § 5°, e 337-A, § 2°), além de outras regras disciplinadas nas legislações esparsas, a exemplo das Leis n. 8.072/1990 (art. 2°, § 2°) e 11.343/2006 (arts. 33, § 4°, e 44, parágrafo único).

Especificamente em relação à Lei de Entorpecentes, perceba-se o caráter estereotípico dos critérios estabelecidos no art. 28, § 2°, no qual se faz referência "às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente", para efeito de "determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal". Isto possibilitaria a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33) daquele que, por pertencer à classe social menos favorecida e possuir registros de antecedentes criminais, estivesse no local e momento errado quando flagrado em posse de pequena – conquanto não ínfima – quantidade de uma substância ilícita, pouco importando a sua alegação de que houvesse acabado de

adquiri-la para consumo próprio. Se, de um lado, a concepção garantista do direito penal contrastaria nitidamente com "a dedução de culpabilidade ou a dedução contrária da inocência" (FERRAJOLI, 1995, p. 150), de outro, seria inoportuno isolar o objeto de estudo sob uma ótica estritamente dogmática, em uma pura manifestação de imperialismo epistemológico, como se fosse possível dissociar teoria e realidade. É justamente sob a perspectiva pragmática que não se poderia negar o rumo contrário pelo qual navega a justiça penal brasileira: "alargam-se desmesuradamente as medidas de cautela; reduz-se as garantias processuais e, em especial, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao acusado a carga probatória de sua inocência" (FRANCO, 2007, p. 569).

A maior demonstração de fracasso de políticas criminais baseadas em discursos de "lei e ordem", seja qual for o Estado que as adote, reside no "nulo efeito redutor ou contedor de ações ilícitas que apresentara o impressionante aumento da população apenada" (IGNACIO ANITUA, 2005, p. 516). Assim como ocorrera nos demais países, as reformas legislativas brasileiras baseadas na ideia de repressão ao crime através da agravação da sanção penal nada mais resultaram senão o "incremento das taxas de emprisionamento, as quais atingiram, nos países democráticos, percentuais que foram raramente detectados na maior parte dos estados totalitário" (FRANCO, 2007, p. 571-572). Isto se deve, dentre outros fatores, à implementação de diplomas como a Lei 8.072/1990, cujo advento "não contribuiu em nada para a modificação do quadro numérico dos delitos catalogados como hediondos ou assemelhados", na medida em que "não produziu nenhum efeito desestimulador da prática desses fatos criminosos". Os preceitos e as modificações que trouxera, em verdade, revestem-se de "valor puramente simbólico, totalmente inócuos em relação à realidade criminal", prestando-se "tão somente para transmitir à opinião pública a ideia ilusória de que, com o controle penal, os delitos deixariam de ser praticados". Justamente por não ter atingido "nenhum resultado sério nesse sentido, serviu para o desmonte irreversível do sistema punitivo no direito penal brasileiro", provocando o nítido "aumento da taxa de encarceramento, que vem crescendo de forma sistemática, sem que os estabelecimentos prisionais tenham condições de absorvê-la" (FRANCO, 2007, p. 579-582).

Parafraseando Franco (2007, p. 583), a lamentável realidade do sistema penitenciário revela um ciclo vicioso insustentável, na medida em que os egressos "são devolvidos, após um processo de plena dessocialização, ao meio livre para que, logo em seguida, voltem ao próprio sistema, em razão da prática de novos delitos". Isto ocorre justamente porque as degradantes condições a que os detentos são submetidos acabam surtindo efeito diametralmente oposto, tornando-os cada vez mais associais, motivo pelo qual a esmagadora

maioria daqueles que retornam à liberdade reincidem na prática de atividades criminosas até serem novamente despejados, sem dignas condições de subsistência, no sistema penitenciário a que o referido autor equipara a uma "máquina trituradora de seres humanos" de cujas engrenagens poucos sairão, perpetuando-se no "movimento repetitivo e cansativo de uma roda-gigante: crime – sistema prisional – dessocialização – crime". Tampouco seria suficiente a construção de novos estabelecimentos penitenciários, na medida em que, "ao crescimento dessa taxa no ponto de entrada do sistema prisional se aduz a baixa rotatividade de saída no ponto contrário", razão pela qual "o número de presos sofre um acréscimo numa proporção que não tem condições de ser adequada à quantidade de vagas", consequentemente consolidando-se um "caótico sistema prisional em que os condenados são aglomerados como sardinhas em lata, em total desrespeito à dignidade".

Na questão de fundo repousa a infeliz realidade de que são justamente os setores sociais menos favorecidos que acabam se tornando alvos do arsenal punitivo do próprio Estado, pois, como bem pontua Ignacio Anitua (2005, p. 518-521), quanto maior for a desigualdade econômica que se observa em alguns países sul-americanos – inclusive no Brasil –, mais amplos serão os grupos menos favorecidos que se dedicam a uma "obscura economia 'informal' ou 'paralela', na qual apenas se pode viver graças a uma combinação de trabalhos ocasionais, furtos, contrabandos e mercados 'negros'". Neste lamentável cenário ascende o "discurso do medo", a fim de justificar a ampliação do poder punitivo mediante a tipificação de novas infrações, a exasperação da pena cominada àquelas já existentes e a flexibilização de garantias outrora conquistadas, tudo isto propulsado por "campanhas de 'lei e ordem' mascaradas na busca de 'segurança social'". Diante de tal "situação de instabilidade econômica e de inseguridade social", busca-se a "manutenção da ordem para 'uns'" à custa do "endurecimento das políticas punitivas destinadas a 'outros'", de modo que os "presos, pobres e demais componentes do círculo 'vicioso' ajudam a criar uma classe de 'não pessoas'".

Por maior que seja a punição imposta pelo legislador a determinados tipos penais, verdade seja dita, nenhum efeito dissuasório surtirá sobre aqueles que subsistem à margem da sociedade, para os quais inexistem outros rumos que ofereçam tamanha expectativa de enriquecimento quanto o universo dos delitos patrimoniais e, sobretudo, o multimilionário mercado ilícito de entorpecentes. Nenhuma lei penal possui idoneidade de alterar este ciclo vicioso através de medidas imediatas que não somente se revestem de incoerência dogmática, como consequentemente revestir-se-ão de ineficácia pragmática.

3 A banalização da prisão cautelar: da presunção de risco à ordem pública aos reflexos da onipotência judicial

A ineficácia do utilitarismo simbólico sobre o qual se baseia a política criminal de "lei e ordem", entretanto, não teria sido o único fator contributivo para a consolidação deste caos, em cujos alicerces também reside o significativo aporte judicial. Ano após ano, é cada vez maior o número de prisões cautelares através das quais, sob a invocação de "garantia à ordem pública", milhares de detentos são progressivamente despejados nas penitenciárias brasileiras, embora sequer exista motivação idônea, baseada em elementos concretos, subjacente à maior parte destas prisões.

Como fato incontroverso, a prisão preventiva constitui medida extrema, cuja imposição exige demonstração probatória da necessidade e urgência, inexistindo possibilidade legal para a negativa, sem motivação idônea, do inafastável direito de se aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal. Grande parte das prisões provisórias decretadas, no entanto, não se justificam ante a fundamentação inidônea, com base na suposta gravidade abstrata do delito, o que equivale a nítido constrangimento ilegal, violando-se não apenas o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX), mas também a própria presunção de inocência (art. 5°, inc. LVII), em virtude da qual recai sobre o magistrado o dever de "efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador" (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 548).

A própria legislação processual penal estabelece medidas alternativas à prisão cautelar, de modo a evitar encarceramentos prematuros e desnecessários, cujos efeitos demonstram-se ainda mais nefastos em um sistema penitenciário que se encontra em um verdadeiro "Estado de Coisas Inconstitucional", conforme relatado na recente decisão da Suprema Corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, ocasião na qual os Ministros da Suprema Corte reconheceram as nítidas violações a direitos fundamentais que diariamente ocorrem nos estabelecimentos carcerários brasileiros, bem como exigiram urgentes providências por parte da FUPEN, a exemplo da implementação imediata das audiências de custódia (BRASIL, 2016). Esta decisão, sem dúvidas, representa significativo avanço jurisprudencial no sentido de relevar a necessidade de se enxergar o caráter excepcionalíssimo da prisão preventiva, cuja decretação imprescinde da efetiva demonstração de ineficácia de outras medidas cautelares em cada caso concreto.

Tratam-se de medidas também excepcionais, conquanto não subsidiárias, através das quais se restringe parcialmente a liberdade do acusado durante a instrução processual, sem, contudo, alargar desmesuradamente tal restrição além da própria necessidade, evitando-se, deste modo, uma prisão prematura e desnecessária, em cuja essência carregaria uma ignominiosa "presunção de risco à ordem pública", em uma pura manifestação de onipotência judicial. Com efeito, "é imprescindível que o juiz analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, se não existe medida cautelar diversa, que aplicada de forma isolada ou cumulativa, se revele adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo" (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 625). Isto significa que "a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa", passando a "ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas" (OLIVEIRA, 2011, p. 603).

Considerando que as medidas cautelares alternativas submetem-se a análogos requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva, a própria necessidade de assegurar a garantia da ordem pública ou a aplicação da lei penal, por si só, não possui o condão de justificar a custódia antecipada do acusado, a menos que seja demonstrada a concreta ineficácia daquelas medidas. O que existe, em verdade, é a possibilidade de o magistrado decretar a prisão cautelar do acusado que descumpri-las (art. 282, § 4°), notadamente por tratar-se da *extrema ratio* da *ultima ratio*. Sobre o assunto, a Min. Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto, pronunciou-se no julgamento do habeas corpus n. 316.882/PE (BRASIL, 2015):

> A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz. Trata-se de verdadeira afronta à garantia da motivação das decisões judiciais a decisão que justifica a prisão de tal forma. Como medida extrema, dotada de absoluta excepcionalidade, deve ser a prisão provisória justificada em motivos concretos, e, ainda, que indiquem a necessidade cautelar da prisão, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência. Dessarte, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Muito embora a prisão preventiva deva ser determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6°), em grande parte dos casos, a própria necessidade de assegurar a garantia da ordem pública, por exemplo, poderia ser suprida através da imposição de medidas como o recolhimento domiciliar. Não raras vezes, todavia, sequer se justifica a razão pela qual não foram adotadas tais medidas. Assim como ocorre nos cenários jurídicos da Alemanha e Espanha, é pacífico o entendimento jurisprudencial brasileiro no sentido da ilegitimidade do "critério do alarme social como fundamento da prisão preventiva" (SANGUINÉ, 2001, p. 285). Não raras vezes, entretanto, a necessidade de garantia à ordem pública surge como verdadeira ilação sob a qual inexistem elementos concretos indicativos da necessidade da prisão cautelar, transformando-se a exceção em regra, sobretudo em casos de notória repercussão, nos quais, sob a invocação de "justiça", a opinião pública clama por uma resposta imediata do Estado-juiz.

Como corolário lógico desta verdadeira "banalização" da prisão cautelar, consolidou-se um caótico sistema penitenciário abarrotado de presos provisórios, os quais correspondem a quase metade de toda a população carcerária brasileira, cuja proporção atinge níveis assustadores em determinadas unidades federativas, nas quais aproximadamente 2/3 do número de detentos recolhidos em regime fechado são presos provisórios (cf. supra 1). Conquanto o diploma processual penal vigente disponha que "as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas" (art. 300), na prática, isto é raramente observado. O que se observa, em última análise, é um total desamparo à condição dos presos cautelares, porquanto encarcerados no mesmo ambiente destinado àqueles já condenados.

Apesar de alguns, embora não sem razão, considerarem a prisão cautelar como um "mal necessário" (FRANCO, 1986, p. 121-122), não há do que se abster em falar da violação dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados, na medida em que, uma vez inocentado, o indivíduo já houvera sido fora submetido às mazelas do sistema penitenciário, incluindo-se não somente as degradantes condições a que fora submetido, mas também os reflexos da prisão que levará consigo. Nas palavras de Miguel Júdice (2004, p. 42), "muitos podem entrar inocentes nas prisões, mas delas poucos conseguem sair inocentes", visto que "a opinião pública condena sumariamente quem foi detido e a hipotética absolvição não resolve nada".

Conclusões

A partir do breve estudo desenvolvido no presente trabalho, não é difícil observar os fatores cruciais sobre os quais se fundam o problemático universo da população criminal. Conforme exposto, quase a totalidade dos detentos que atualmente ocupam os corredores superlotados das penitenciárias brasileiras enquadram-se ao menos em dois dos seguintes grupos: presos provisórios, acusados ou condenados por crimes patrimoniais ou tráfico ilícito de entorpecentes, reincidentes, pessoas com baixíssimo grau de escolaridade ou pertencentes à classe social menos favorecida. O que se verifica, em verdade, é que estas três últimas características coincidem, na maior parte das vezes, em um mesmo grupo de indivíduos, pois são justamente aqueles com baixíssimo grau escolar ou poder aquisitivo que acabam recorrendo à *medidas extremas* em virtude da *situação extrema* na qual se encontram. É cada vez maior o número de jovens dos setores sociais menos favorecidos que acabam ingressando no universo das infrações patrimoniais e no multimilionário mercado ilícito de entorpecentes por inexistirem outros rumos que oferecessem tamanha expectativa de enriquecimento.

Nenhuma lei penal, por mais rigorosa que seja, pode alterar esta realidade social, pois, quanto maior for a desigualdade econômica, mais amplos serão os grupos menos favorecidos que acabam recorrendo à criminalidade, pouco importando a magnitude da pena imposta pelo legislador. Por certo, não teria cabimento afirmar que a situação de pobreza do indivíduo justificaria a prática de delitos, notadamente aqueles cometidos mediante violência contra a pessoa. Ocorre, porém, que o político, no exercício de sua função legiferante, deve basear-se em critérios epistemologicamente racionais não apenas ao tipificar novas figuras delitivas, mas também ao quantificar a pena cominada àquelas já existentes. Não pode, por outro lado, laborar à margem da coerência dogmática, em uma pura manifestação de imperialismo ou onipotência legislativa, caminhando a passos largos sobre garantias constitucionalmente asseguradas, mormente a proporcionalidade e individualização penal.

À primeira vista, poder-se-ia julgar inoportuno "desenterrar" velhas críticas outrora dirigidas à Lei de Crimes Hediondos, implementada há mais de 26 anos. Deve-se recordar, contudo, que grande parte daqueles que, nos primeiros anos de vigência do referido diploma, foram condenados por infrações como a extorsão mediante sequestro agravada pelo resultado, permanecem no sistema penitenciário até os dias atuais, pois, independentemente do regime no qual atualmente estejam recolhidos, ainda não teriam terminado de cumprir a respectiva pena que, desde então, não poderia ser inferior a 24 anos de reclusão.

Neste ínterim, por outro lado, muitos condenados por delitos mais graves, como o homicídio qualificado teriam saído do sistema penitenciário por já terem cumprido a pena à qual foram sentenciados, cujo mínimo legal não ultrapassa 12 anos de reclusão. Não seria absurdo supor, inclusive, que alguns houvessem retornado ao sistema em razão da prática de outro homicídio e, quiçá, já tivessem novamente cumprido a respectiva pena, sobretudo se a segunda condenação houver sido em virtude da prática do citado tipo penal na forma simples, ao qual é cominada uma pena mínima não superior a 6 anos. A desproporcionalidade punitiva torna-se ainda mais visível sob a seguinte perspectiva: a pena imposta ao condenado por um único crime de extorsão mediante sequestro agravado pelo evento morte, muito provavelmente, seria superior à pena imposta ao condenado por três ou quatro homicídios "simples", notadamente se aquele for reincidente e este último for primário. Fugiria ao objeto do presente estudo discutir se a infração prevista no art. 159, § 3°, compreenderia em sua estrutura típica um homicídio doloso ou preterintencional. De um modo ou de outro, o preceito sancionatório que comporta excede quaisquer parâmetros juridicamente aceitáveis, constituindo uma grave ofensa não somente à proporcionalidade, mas também à própria individualização das penas, na medida em que a irrisória margem de 6 anos à qual o juiz está vinculado limita, de forma significativa, a dosimetria penal conforme a reprovabilidade jurídica em cada caso concreto.

Se, de um lado, percebe-se que grande parte da população carcerária corresponde aqueles que, justamente em virtude do desequilíbrio financeiro e baixíssimo grau de instrução, acabam reincidindo na prática de delitos patrimoniais ou tráfico ilícito de entorpecentes, de outro, verifica-se que a magnitude punitiva da maior parte desses tipos penais subsiste à margem da epistemologia jurídica. O utilitarismo simbólico sobre o qual se baseia a política criminal de "lei e ordem" reveste-se não apenas de incoerência dogmática, mas também de ineficácia pragmática, nada mais servindo senão para atabalhoar o sistema penitenciário que se demonstra cada vez mais caótico e, dia após dia, navega rumo à irreversibilidade deste quadro. A alienação técnica do político, entretanto, não teria sido o único fator contributivo para a consolidação deste caos, em cujos alicerces também reside o significativo aporte judicial. Ano após ano, é cada vez maior o número de prisões cautelares através das quais, sob a invocação de "garantia à ordem pública", milhares de detentos são progressivamente despejados nas penitenciárias brasileiras, conquanto sequer exista motivação idônea, baseada em elementos concretos, subjacente à maior parte destas prisões.

Muito embora a prisão preventiva deva ser determinada somente quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6°), em grande parte dos

casos, a própria necessidade de assegurar a garantia da ordem pública, por exemplo, poderia ser suprida através da imposição de medidas como o recolhimento domiciliar. Não raras vezes, todavia, sequer se justifica o motivo pelo qual não foram adotadas. Como corolário lógico desta verdadeira "banalização" da prisão cautelar, subsiste um sistema penitenciário abarrotado de presos provisórios, os quais equivalem a quase metade de toda a população carcerária brasileira, cuja proporção atinge níveis assustadores em determinadas unidades federativas, nas quais aproximadamente 2/3 do número de detentos recolhidos em regime fechado são presos provisórios.

O que se observa, em última análise, é que as medidas até então dirigidas à repressão à criminalidade atual são eivadas de um vício em comum: desprezam os problemas que inevitavelmente converter-se-ão na criminalidade futura. Este ciclo vicioso perpetuar-se-á enquanto não existir uma política estatal dirigida, não apenas ao efeito da causa, mas também à causa do efeito. Do contrário, não seria absurdo supor que, em um futuro não muito distante, sequer existira espaço físico onde construir penitenciárias suficientes para comportar a população carcerária que, dia após dia, continua a crescer. Isto porque, se a quantidade de detentos e de vagas permanecerem aumentando, respectivamente, nas mesmas proporções da última década, o sistema penitenciário entraria em colapso em poucos anos, na medida em disporia de aproximadamente 800.000 vagas para comportar mais de 1.600.000 detentos, apresentando uma taxa de ocupação superior a 200%.

Em meio a tantos desacertos políticos e arbitrariedades judiciais, qual seria o próximo passo a ser dado nesta trilha percorrida à margem da epistemologia jurídica? A legitimação da pena de morte? Conquanto tal possibilidade seja vedada por força da Constituição vigente, o movimento "lei e ordem" permanece caminhando a passos largos sobre garantias constitucionalmente asseguradas, seja por parte do legislador em relação à proporcionalidade penal, seja por parte do judiciário em relação à própria presunção de inocência. Em um país no qual o ideal ressocializador e a dignidade humana já não mais passam de velhas utopias, tudo se pode esperar.

Referências

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BRASIL. **Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 50/1990**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 18 maio 1990. Seção 2, p. 2212.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas corpus n. 316.882/PE. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14 abr. 2015. Diário de Justiça de 23 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 09 set. 2015. Diário de Justiça de 19 fev. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madri: Editorial Trotta, 1995.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2016.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. **Temas de Direito Penal**: breves anotações sobre a lei n. 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem**: uma Análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 210 p. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

IGNACIO ANITUA, Gabriel. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

JÚDICE, José Miguel. **Prisão preventiva**: um cancro que envergonha. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, 2004.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el Derecho Penal**: programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Granada: Editorial Comares, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, jun. 2014a.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, dez. 2014b.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2011.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo: Método, 2001.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena**: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.