

**FAMIG – FACULDADE MINAS GERAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL FERREIRA LIMA SILVA

**A INFLUÊNCIA DO POPULISMO PENAL NA CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO
BRASILEIRO**

BELO HORIZONTE

2021

GABRIEL FERREIRA LIMA SILVA

**A INFLUÊNCIA DO POPULISMO PENAL NA CRISE DO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Minas Gerais – FAMIG – como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação: Profa. Rosilene da Conceição Queiroz

BELO HORIZONTE

2021

**FAMIG – FACULDADE MINAS GERAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL FERREIRA LIMA SILVA

**A INFLUÊNCIA DO POPULISMO PENAL NA CRISE DO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Minas Gerais – FAMIG – como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/2021

Banca Examinadora

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a influência do populismo penal no agravamento da crise do sistema prisional no Brasil, como sua influência reflete na produção legislativa nacional e como isso reflete no cenário do sistema penal brasileiro. Faz-se importante o combate ao crescimento deste ciclo, aonde o populismo penal por meio da mídia gera uma sensação de medo e insegurança social explorando fatos criminosos, vendendo a ideia de que o punitivíssimo penal é a melhor forma de se alcançar a justiça e que a prisão é uma forma preventiva do crime. Deve-se buscar mudanças neste sistema, ao qual carece de maiores interesses da justiça e de toda a sociedade para que a recuperação do condenado seja realizada através da utilização de instrumentos como a educação e o trabalho de modo a dar-lhe condições de voltar a conviver em sociedade, fazendo valer os princípios penais e os direitos humanos contidos na Constituição Federal de 1988. Tendo em vista os dados que serão analisados, o trabalho foi desenvolvido em conteúdo bibliográfico e documental, com utilização de técnicas quantitativas e qualitativas, se valendo de fontes diretas primárias e secundárias, também serão utilizadas pesquisas em sites eletrônicos e artigos, como forma de valorizar o presente estudo.

Palavras-chave: Populismo Penal, Sistema carcerário, Processo legislativo.

ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate the influence of penal populism in the worsening of the crisis in the prison system in Brazil, how its influence reflects on the national legislative production and how this reflects on the scenario of the Brazilian penal system. It is important to combat the growth of this cycle, where criminal populism through the media generates a sense of fear and social insecurity by exploiting criminal facts, selling the idea that the extremely punitive criminal is the best way to achieve justice and that prison is a preventive form of crime. Changes should be sought in this system, which lacks greater interests of justice and society as a whole so that the convict's recovery is carried out through the use of instruments such as education and work in order to give him conditions to return to live in society, enforcing the criminal principles and human rights contained in the Federal Constitution of 1988. In view of the data that will be worked, the project will be bibliographic and documentary, using quantitative and qualitative techniques, using primary direct sources and secondary, research on electronic sites will also be used, looking for instruments available electronically in articles, as a way to enhance the present study.

Keywords: Criminal populism, Prison system, Legislative process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O POPULISMO PENAL	8
2.1	História do Punitivismo no Direito Penal.....	10
2.2	Poder de Punir do Estado no Sistema Penal Brasileiro	12
2.3	O Movimento da Lei e Ordem.....	13
2.4	Princípios Limitadores do Direito Penal	15
2.4.1	Princípio da Intervenção mínima.....	15
2.4.2	Princípio da dignidade da pessoa.....	16
2.4.3	Princípio do devido processo legal.....	16
2.5	Política Criminal e o Direito Penal	17
2.5.1	Criminologia, política criminal, Direito penal e sua aplicação	18
3	A INFLUÊNCIA DO POPULISMO PENAL MUDIÁTICO NO	
	LEGISLATIVO	19
4	A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	22
4.1	A generalização das prisões cautelares e suas consequências	24
4.2	A redução da maioria penal e o sistema carcerário	25
4.3	A Lei de Drogas e o Populismo Penal Mudiático.....	27
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
	REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

O populismo penal baseado na ideologia do movimento da lei e ordem que prega o fortalecimento do controle social sobre toda população, propaga um discurso de que os problemas enfrentados pelo Estado em matéria de segurança pública possam vir a ser solucionados de forma simples e imediata.

Esse discurso populista propaga a criação e aplicação de uma legislação penal mais rígida e severa onde o encarceramento é incentivado como forma de prevenção criminosa. O presente trabalho tem por fim demonstrar como o populismo exerce direta influência na sociedade, manejando a população de forma que ela escolha representantes que atuarão voltados a essa política reacionária.

O objetivo principal do presente estudo é analisar o discurso do populismo penal e sua relação com a mídia, e o reflexo dessa onda reacionária no Poder Legislativo, contaminando a produção da legislação penal brasileira, refletindo no agravamento da crise do sistema penitenciário brasileiro.

A presente pesquisa estruturar-se-á a partir da origem do populismo penal, passando pela sua relação com a mídia, da qual exerce um papel importante no campo político, social e cultural dentro da sociedade atual, e sua desastrosa consequência para o sistema penal.

Para melhor compreensão da presente pesquisa, a mesma será dividida em 3 (três) capítulos. No capítulo inaugural, será apontando o conceito de populismo penal, bem como seu histórico e como se deu sua origem e como vem sendo utilizado, explorando o clamor das classes sociais mais elevadas que exigem mais segurança, propagando a ideia de que o encarceramento e a exclusão desses criminosos do convívio social são a única solução para o problema, e que a punição destes indivíduos sirva de exemplo para outros não seguirem os mesmos caminhos.

No segundo capítulo, será abordada a influência da mídia na produção legislativa, criando e alterando leis, com o fim de conter o sentimento de revolta e insegurança da população alimentado pela grande mídia.

Por fim, será analisada a realidade atual do sistema carcerário brasileiro, demonstrando o quanto a sua inoperacionalidade é capaz de proporcionar as maiores atrocidades aos direitos fundamentais dos apenados.

Tendo em vista os dados que serão trabalhados, o projeto será bibliográfico e documental, com utilização de técnicas quantitativas e qualitativas, se valendo de fontes diretas

primárias e secundárias, também serão utilizadas pesquisas em sites eletrônicos, buscando em artigos instrumentos disponíveis eletronicamente, como forma de valorizar o presente estudo.

2 O POPULISMO PENAL

Existem muitos estudos acerca da criminalidade e sobre as diversas variáveis que auxiliam para o sistema penal vigente. Uma das variáveis analisadas acerca do tema é a mídia, e muito se tem discutido sobre a espetacularização da criminalidade pelos meios de comunicação de massa e sobre as consequências dessa exploração do crime nas sociedades contemporâneas.

Segundo Filho e Costa (2019), a mídia exerce um papel importante no campo político, social e cultural dentro da sociedade atual. Mediante esse mecanismo, tal instituição incute na população uma forma de agir e de pensar. Entre os temas abordados pela mídia, o crime desperta certa curiosidade na população por representar uma ameaça.

Diante disso, o populismo penal vem sendo definido não só como um discurso, mas também como uma prática punitiva, por difundir uma sensação de insegurança e estimular o clamor por um maior rigor penal, bem como exigir a repressão do crime por meio de ações mais rígidas pelos órgãos de polícia.

Conforme Cravo (2017), a origem do termo data de 1940, criado pela direita a fim de qualificar os governos pós 1930.

O populismo é uma forma de governo que tem por característica principal a utilização de comportamento político demagogo como a utilização de uma linguagem popular, promessas de resolver todos os problemas da população de forma imediatista, afirmação de capacidade e honestidade superior aos demais políticos, assim como o grande autoritarismo, desrespeito a pluralidade partidária e a democracia isso tudo sempre apoiado por uma imensa propaganda pessoal.

Este tipo de governo é mais comum de se encontrar em países em situação de maior vulnerabilidade, com grande desigualdade social e pobreza, mas também existem casos em países desenvolvidos e com uma democracia consolidada.

Gomes (2013) em seu artigo “Populismo Penal” visa esclarecer o conceito do termo populismo penal e a sua função. O autor classifica o populismo penal como uma estratégia que passa uma falsa ideia de que os problemas de segurança pública podem ser resolvidos de forma simples e imediata, onde são tomadas medidas baseadas na criação e aplicação de uma legislação mais rígida e punitivista.

Tal legislação tem por norte a ideologia do movimento da lei e ordem que consiste em fortalecer o controle social sobre toda população, mas que tem como principais atingidos certos grupos sociais representados pelas pessoas que vivem em condições precárias.

O punitivismo penal prega uma aplicação intolerante de políticas repressivas, de forma a propagar um terror punitivo para a sociedade em nome de um bem comum social, ele relativiza e flexibiliza os direitos fundamentais com medidas de segurança autoritárias e muitas vezes ilimitadas.

Gomes (2013) esclarece que o populismo penal age com grande empenho com o objetivo de silenciar ideias contrárias ao seu discurso, vindas do mundo doutrinário e acadêmico que defendem os direitos individuais e fundamentais frente ao poder punitivo estatal manifestado pelo poder de polícia.

Esse empenho é feito baseado em um clamor social midiático, baseado na difusão do terror e do medo criando uma sensação de insegurança, criando um cenário perfeito para o fomento de reformas legislativas que criam leis que ignoram aqueles princípios do Direito Penal que visam limitar o poder do estado, dentre eles, o da proporcionalidade, ofensividade, culpabilidade, presunção de inocência.

Conforme demonstrado por Gomes (2014) em seu artigo “Mídia e Criminalidade”, condutas como a tortura como forma de investigação, o encarceramento do investigado, formas de execução da pena degradantes, pena de morte, prisões perpétuas, castração química entre outras são algumas propostas disseminadas pela mídia para o endurecimento de leis penais e processuais e a criação indiscriminada de novos tipos penais criando uma forma de “governo do crime” em que cada vez mais busca-se controlar as condutas sociais através do direito penal banalizando cada vez mais condutas com intuito de que elas passem a ser punidas com penas restritivas de liberdade, contrariando a lógica do direito penal como *ultima ratio*.

Moyses (2011) mostra algumas transformações ocasionadas pela demagogia do punitivismo penal, o imenso crescimento da população carcerária e penas mais rígidas é a primeira dessas transformações, tornando as penas mais degradantes e desumanas; a segunda transformação é com o objetivo de tornar todo esse sistema penal mais efetivo, prometendo diminuir o alto custo do sistema criminal. A terceira transformação consiste em um discurso que a sociedade deve auxiliar no combate ao crime, se utilizando de uma ideia de instabilidade social, visando criar uma impossibilidade de utilização de penas alternativas no cumprimento de pena, com a finalidade alongar o tempo de prisão do indivíduo e impedir que o mesmo saia do presídio.

Portanto, caso esse discurso populista prevaleça dominando a produção legislativa brasileira, avanços na área direito penal serão difíceis. Pois, se a sociedade manipulada pela mídia, responsável pela propagação desse discurso, continuar elegendo representantes que defendem o excesso punitivista como forma de prevenir a criminalidade, não será possível pensar numa efetiva política criminal.

2.1 HISTÓRIA DO PUNITIVISMO NO DIREITO PENAL

No capitalismo o sistema penal é um dos principais instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão. Muitas vezes, numa cortina de fumaça, a palavra justiça é usada como se o sistema criminal representasse mesmo o real significado dessa palavra.

Bitencourt (2014) define o Direito Penal por um complexo normativo que permite ao Estado se valer de artifícios coercitivos visando garantir certo controle social, sendo exigido para tanto, a devida formalização de cada etapa de desenvolvimento do mecanismo de atuação penal, tendo em vista as garantias individuais de cada cidadão.

Nada obstante, em análise ao panorama histórico, observa-se que nem sempre vigorou tal compreensão, pois, sua construção decorre de garantias estabelecidas a partir de uma concepção moderna do Estado Democrático de Direito.

Conforme expõe Bitencourt (2014) nas sociedades primitivas, a pena, representava uma vingança à agressão sofrida pela coletividade, caracterizada pelo seu caráter retributivo, sendo exercida, originalmente, por delegação divina pelos sacerdotes. Posteriormente, passou-se a ser executada de forma privada pela própria vítima, seus familiares ou do agrupamento social, sendo que a preocupação com a punição costumava ser maior do que com a própria infração cometida, carente de qualquer proporcionalidade e repleta de violência e crueldade.

Neste contexto, a Lei de Talião surge como primeira tentativa de humanização da pena, determinando para tanto que a reação da vítima nunca fosse maior que o mal gerado pelo infrator. Esta passagem é retratada por Bitencourt da seguinte forma:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a Lei de talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. (BITENCOURT, 2008, p.29)

Embora se tenha neste período forte presença de convicções religiosas e espirituais ditando as regras da aplicação da pena, assim como em todos os momentos da punição

caracterizada pela vingança, o Estado, passa a deter o exclusivo poder de punir, exercendo agora a vingança pública, objetivando assim garantir a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, sem, no entanto, deixar de lado a severidade em sua aplicação.

É no Direito Penal Romano que há, de fato, a mitigação da vingança privada, sendo substituída pela administração estatal, que passa a exercer o *ius puniendi*, ressaltando o poder conferido ao *pater familiae*, isto é, neste momento a pena passa a constituir uma reação pública, ficando a cargo do Estado garantir a sua aplicação, sendo que apenas nos crimes privados caberia ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício.

O Direito Penal Germânico, regido pelo Direito consuetudinário, representou um retrocesso no modo de punir, voltando a orientar-se pelo dever de vingança de sangue face ao cometimento de um crime, mas, com o fortalecimento estatal, a vingança de sangue foi sendo substituída pelo dever atribuído ao infrator de compensar o prejuízo sofrido pela vítima com o pagamento de determinada quantia em pecúnia, conhecida como composição.

Para Bitencourt (2014) a *compositio* consistia, em geral, no dever de compensar o prejuízo sofrido com uma certa importância pecúnia, objetivando a supressão da vingança privada, que, em determinados casos, mais que um direito, era um dever da vítima.

Após este período, com a consagração do cristianismo houve um nítido enfraquecimento do poder estatal, acarretando, como consequência, a aparição da jurisdição eclesiástica, que estava apta a julgar e punir os crimes praticados por religiosos, em razão da pessoa, bem como leigos, em razão da matéria.

A partir dessa nova concepção sobre o poder punitivo e aplicação da pena, de maneira acertada, Franco lembra que:

O Estado não pode abrir mão do controle penal, pois sua missão é a de proteger a convivência social, mantendo-a ao nível do suportável, e não há até o presente momento outro tipo de controle com capacidade de tutelar, com eficácia, os bens jurídicos mais valiosos dos ataques intoleráveis (FRANCO, 2000, p. 45).

Somente com o renascimento dos estudos do direito romano, pelos glosadores e pós-glosadores, e, posteriormente, com a Revolução Francesa, o Estado, através do fortalecimento dos seus códigos, retornou, definitivamente, exercer o poder punitivo de maneira exclusiva.

Segundo Bitencourt (2014), os iluministas e humanitários ao defender a ideia de que a pena deveria ser proporcional ao crime, recusando-se a vingança como fundamento do *ius*

puniendi, contribuiu veementemente para a construção dos princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena.

2.2 PODER DE PUNIR DO ESTADO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Em se tratando do panorama do sistema criminal Brasileiro identifica-se várias características herdadas de sistemas que já entraram em vigor desatualizados, conforme demonstrado Jesus (2011) e distantes de seu principal ator o homem. Para uma melhor compreensão deste novo modelo de direito penal brasileiro caracterizado por ser simbólico, promocional, intervencionista, preventivo, seletivo e que tem por fundamento o medo da população que busca por ele uma tranquilidade social, deve-se observar as etapas pelas quais foi regido o direito penal brasileiro.

Matzembacher (2019) mostra essas etapas, onde a superação das ordenações Afonsinas e Manuelinas que consistiam nas ordens jurídicas do Reino, o direito penal brasileiro passou a ser regido pelo Código Penal de 1930, que consagrava o sistema pragmático e utilitarista de Bentham e o sentido retributivo da pena, caráter esse que foi preservado pelo Código posterior elaborado em 1890 as pressas.

Em 1940 um sistema do duplo binário centralizado na pena e na medida de segurança era um código harmônico e de conteúdo sistemático elaborado por Néelson Hungria que vigorou até 1961 quando o Governo Federal encarregou Néelson Hungria pela elaboração de um novo Anteprojeto publicado dois anos depois, dando margem ao crescimento do direito penal brasileiro.

Sob a filosofia da preocupação da imposição da pena, deixando à margem a execução o anteprojeto foi alterado, surge o código de 1969 programado para entrar em vigor em 1970 e prorrogado diversas vezes e modificado em 1973, sendo revogado em 1978, visto que as alterações introduzidas no anteprojeto já estavam ultrapassadas e não eram capazes de acompanhar a realidade social, por fim verificando-se um grande aumento nos índices de criminalidade e gerando grande descrédito da população nas instituições penais e na justiça em geral. Conforme retratado na obra de Jesus (2011) o cenário no ano de 1984, buscando dar uma imagem mais realista ao direito penal brasileiro, o Governo Federal, através da publicação das leis 7.209 e 7.210 que tratavam respectivamente da nova parte geral do código penal e a lei de execução penal visando a redução dos índices de criminalidade.

Gomes (2013) demonstra que após a década de 90, as reformas no sistema penal brasileiro passam a ser pontuais, porém essas reformas são baseadas em um sentimento de medo

na população impulsionado por uma difusão de fatos de forma seletiva, criando um estereótipo que acaba sendo utilizado como um critério seletivo de criminalização das pessoas que cometem os atos mais grosseiros como estupros, homicídios, chacinas, gerando uma grande sensação de insegurança na população e um sentimento de vingança em que medidas de extrema severidade, ultrapassando até mesmo os limites da dignidade humana e a reforma das legislações penais.

Essa nova fisionomia da legislação penal brasileira produz diversos fatores negativos, tais como a perda do caráter de intervenção mínima e *ultima ratio* do direito penal, afastando o objetivo da pena de ressocializar demonstrado por Jesus (2011) em uma passagem de sua obra “Penas alternativas”.

Segundo Jesus (2013) pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Outro fator também retratado por Jesus (2011) é de que se procura incriminar as condutas, pouco se importando com a natureza do fato e a forma mais eficaz de puni-lo, buscando no direito penal a solução de qualquer problema social. Outro efeito é o fortalecimento de um movimento partidário baseado na “lei e ordem” que pressiona as casas legislativas a elaborar leis cada vez mais severas e ineficientes que passam por cima de princípios e filosofia do direito penal, deformando o direito penal e processual penal, criando leis confusas, malfeitas e sem técnico um exemplo é a lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos.

2.3 O MOVIMENTO DA LEI E ORDEM

O surgimento do movimento da lei e da ordem remonta ao século 70, nos Estados Unidos da América, em um contexto pós-segunda guerra mundial. O aumento da criminalidade nas grandes metrópoles fez com que surgissem várias leis de caráter repressivo e que ocorresse um aumento da atuação policial (ARAÚJO, 2017).

Com o objetivo de propor alternativas para o combate ao crime, o Movimento de Lei e Ordem é uma política criminal, conforme Neto (2005) a teoria foi criada pelo alemão Ralf Dahrendorf, ela teve grande ascensão na década de 70 (setenta) nos Estados Unidos sua ideologia é de espalhar uma ideia de endurecimento das leis, aumento de punição e penalização de condutas, impactando diretamente no crescimento da população carcerária e agravando a crise.

Damásio (2015) versa que o Movimento Lei e Ordem tem por princípio criar uma segregação na sociedade, dividindo-a em dois grupos, um formado pelas “pessoas de bem” que merecem a proteção do estado e outro grupo formado por pessoas delinquentes que merecem toda a dureza e severidade da lei penal. Esse tipo de ideologia vem crescendo no Brasil, propagando a ideia de que o Direito Penal seria a solução para resolver os problemas sociais, criando uma espécie de “governo do crime” em que a população exige a criminalização de condutas e o alargamento de penas já existentes além da supressão dos direitos humanos daqueles que cumprem pena.

Outra ferramenta importante utilizada por esse movimento na influência da população são os meios de comunicação. Conforme retratada na obra de Cunha (2012), a mídia dá enorme enfoque aos delitos de maior gravidade, como assaltos, latrocínios, sequestros, homicídios, estupro, criando assim uma sensação de insegurança em que a qualquer hora o cidadão poderia ser vítima de um ataque criminoso, gerando a ideia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, para que possa ser garantida a tranquilidade.

Logo, os defensores do Movimento de Lei e Ordem propagam nestas práticas como a pena de morte e a prisão perpétua, a solução para combater os crimes mais graves como os de terrorismo, homicídios, torturas, tráfico de drogas, assim, além de o indivíduo estar sendo retirado do convívio social daquelas “pessoas de bem”, fará justiça à vítima.

Em 1991 a doutrina do Movimento Lei e Ordem teve uma ramificação denominada como Tolerância Zero, iniciada em Nova York, no governo do prefeito Rudolph Giuliani. Lóic Wacquant (2011) aborda na obra “As prisões da miséria” no sentido de que a ideologia da Política de Tolerância Zero, se baseia na deturpação da “teoria da vidraça quebrada” que se baseou no ditado popular: “quem rouba um ovo, rouba um boi”. Essa teoria acreditava que a punição de qualquer conduta, até mesmo aquelas que não causavam o mínimo de ofensividade para a sociedade, criavam uma sensação de punição e dava autoridade ao estado.

Como reflexo óbvio, a adoção destas políticas demagógicas ocasionou um grande agravamento na crise do sistema carcerário por todo mundo, principalmente no maior causador do problema o grande aumento da população carcerária.

Logo, pode-se constatar que o crescimento desse movimento e dessa forma de política que vem ganhando grande espaço no Brasil novamente, tem por sua maior causa o clamor das classes sociais mais elevadas que cobram por mais segurança, e a forma pela qual se vende a ideia de combater a criminalidade é retirando os indivíduos das classes mais baixas das ruas,

colocando-os atrás das gradas para que sirvam de exemplos para outros não seguirem os mesmos caminhos.

2.4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL

Segundo Bitencourt (2015) a intervenção Estatal na esfera privada deverá sofrer limitações visto a fragilidade do indivíduo perante a força estatal. A finalidade de se estabelecer limites é justamente impedir o cometimento de arbitrariedades e abusos. Nesse sentido a Constituição Federal previu em seu texto vários princípios limitadores, consagrando-os como verdadeiras garantias de cidadão perante o poder punitivo estatal. A seguir abordaremos alguns desses princípios.

2.4.1 Princípio da Intervenção mínima

O Princípio da Intervenção mínima é um dos mais importantes do direito penal e de todo o direito, visto que busca garantir uma harmonia de todo o direito. Conforme Nucci (2011) este princípio consiste em que o direito penal deve ser utilizado como última opção (*ultima ratio*) para dirimir conflitos sociais, ou seja, o direito penal só deve atuar para garantir a proteção dos bens jurídicos mais importantes, além de que não é nenhum ataque ao bem jurídico que justifica a aplicação do direito penal, caso tais problemas possam ser solucionados por outros ramos do direito eles devem ser utilizados antes de se ir buscar a solução no direito penal, visto que o direito penal traz as penas mais gravosas para o indivíduo, como por exemplo a restrição da liberdade do indivíduo.

É imprescindível que o legislador observe este princípio na produção de dispositivos legais, deve preocupar-se em realmente proteger bens jurídicos relevantes. Outro ponto importante na produção legislativa é a aplicação do princípio da proporcionalidade na criação do dispositivo penal. De acordo com Nucci (2011) tal princípio consiste em garantir que as penas devem respeitar uma proporcionalidade, a gravidade daquela infração penal cometida.

A observância destes princípios tem grande relevância com o tema deste trabalho visto que o *ius puniendi* é exercido de forma mais severa no direito penal aonde a pena pode chegar a restrição de liberdade do indivíduo. O *ius puniendi* estatal é realizado pelo estado com o fim de alcançar alguns objetivos sejam eles a retribuição, prevenção a ressocialização.

Conforme o cenário retratado por Ottoboni (2001) este objetivo dificilmente poderia ser concretizado tendo em vista as péssimas condições do sistema carcerário brasileiro, que tornam

quase impossível a execução de uma pena justa, que respeite os direitos humanos do apenado e que possa ressocializá-lo e que não volte a cometer delitos quando retornar ao convívio social.

2.4.2 Princípio da dignidade da pessoa

Outro princípio de grande importância para o direito penal e o direito de forma geral e que tem grande relação com o tema abordado é o princípio da dignidade da pessoa, tal princípio está previsto explicitamente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Segundo Nucci (2011) tal princípio tem por objetivo preservar os direitos dos cidadãos frente ao poder do estado, a sua observância é imprescindível pelo legislador na interpretação e na produção legislativa, para que as penas não se tornem degradantes para os indivíduos. Pois, a aplicação do Direito penal em si já é uma forma de manifestação de poder do Estado frente ao cidadão, que só deve ser utilizado como última alternativa se justificando para proteção de um bem maior.

Logo, o princípio deve ser observado na elaboração legislativa visando garantir a produção de dispositivos penais que visem preservar os direitos humanos do cidadão na aplicação da lei e na execução da pena do mesmo, respeitando a natureza da pena adotada pelo direito brasileiro, conforme demonstrada por Bittencourt:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. (BITTENCOURT, 2015, p. 155)

O princípio da dignidade humana é o fundamento de praticamente todo o direito de países democráticos, vez que é a atestação de que a plenitude do ser humano deve ser respeitada e protegida pela figura do Estado. O princípio da dignidade humana é, ao mesmo tempo, o princípio mais importante do direito de países democráticos e um dos fundamentos de uma sociedade justa.

2.4.3 Princípio do devido processo legal

Outro princípio que deve ser destacado por ter relação com o tema discutido é o princípio do devido processo legal. Tal princípio visa garantir que o cidadão não venha a ter direitos e dignidade humanas violadas estabelecendo determinadas regras das quais imprescindivelmente devem ser respeitadas na punição e no processo do mesmo, tal princípio

visa defender garantias constitucionais processuais a fim de que a condenação e a pena do indivíduo possa ser justa.

Segundo Nucci (2010) o princípio do devido processo legal deve ser examinado sob dois aspectos: material e processual. No aspecto processual, tal princípio proporciona legalmente ao réu um conjunto de garantias de provar sua inocência, ao mesmo tempo assegura ao promotor de demonstrar a culpa do mesmo. Já no aspecto material tal princípio se conecta ao Direito Penal prevendo que ninguém será processado senão por crime anteriormente previsto e expresso em lei.

2.5 POLÍTICA CRIMINAL E O DIREITO PENAL

Zaffaroni (2011) assevera que a Política criminal adotada por um estado define a forma pela qual aquele escolheu atuar através do direito penal sob as condutas criminosas, suas variantes e sob o indivíduo que comete o crime, a política criminal consiste na política relacionada ao crime, sendo apontada como arte ou a ciência de governo.

Ainda, segundo Zaffaroni (2011), integrante da política em geral, a política criminal, pode ser definida como: a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Além disso Batista (2007) versa que a política criminal também pode ser entendida como um conjunto de princípios e recomendações indicados à reforma da legislação penal e também serve como orientação aos órgãos responsáveis pela aplicação de medidas penais. Tendo em vista que os princípios são apanhados através das mudanças sociais, das análises dos sistemas penais passados e atuais e experiências empíricas das instituições penais.

Conforme Zaffaroni (2011) o direito penal se destaca por tutelar os bens jurídicos mais importantes dentro de todo o ramo do direito, portanto o seu *ius puniendi* afeta de forma mais gravosa aqueles que de forma efetiva lesam esses bens jurídicos.

A aplicação do direito penal não é apenas jurídica mas consiste também na tomada de uma decisão política, pois a posição que o estado toma, aplicando uma norma, visa controlar um fato social, a aplicação da política não consiste em apenas tomar uma medida visando solucionar um certo problema, mas também em realizar a escolha de um modelo de solução dentro de vários que visam combater o mesmo problema de formas diferentes com pensamentos diferentes.

Poulantza (1996) fundamenta em sua obra “Poder Político e Classes sociais “que diferente de tempos antigos aonde o poder político era exercido primordialmente pela força física modernamente ele se fundamenta na manipulação ideológica, em que ocorre uma concordância da dominação do estado, onde o mesmo possui a exclusividade na utilização da força física fundamentado na garantia de um bem-estar social, do qual se exterioriza através das instituições estatais.

Portanto para que uma conduta passe a ser caracterizada como uma conduta criminosa e incorporar o corpo jurídico deve passar por uma análise de uma instituição estatal aonde o poder emanado pelo povo será exercido na pessoa desse legislador e se tornar lei, e passar a ter validade jurídica e causar impactos na sociedade.

2.5.1 Criminologia, política criminal, Direito penal e sua aplicação

A criminologia é uma ciência do direito que estuda medidas aplicáveis pela política criminal. Nucci (2010) sintetiza de forma brilhante os conceitos de direito penal, política criminal e criminologia. Segundo ele, direito penal:

É o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda a comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdades individuais (NUCCI, 2010, p.61).

A Política criminal é vista como conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado realiza o combate, prevenção e repressão das infrações penais. Nucci define da seguinte forma:

Trata-se de uma postura crítica permanente do sistema penal, tanto no campo das normas em abstrato, quanto no contexto da aplicação das leis aos casos concretos, implicando, em suma, na postura do Estado no combate à criminalidade. Criminologia: é a ciência que estuda o crime, como fenômeno social, o criminoso, como parte integrante do mesmo contexto, bem como as origens de um e de outro, além dos fatores de controle para superar a delinquência (NUCCI, 2010, p.61).

Biachinni (2013) versa que a criminologia funciona como uma base empírica ao sistema penal, e a política criminal é responsável pela transformação desse conhecimento formulado pela criminologia em ações concretas a fim de obter o controle social e combater a criminalidade e o direito penal é o sistema que positiva essas estratégias formuladas pela política criminal garantindo os direitos individuais das pessoas, formando um sistema comum de um estado de direito.

A criminologia atua analisando os fatos, e ela tem um papel muito importante mesmo após a atividade legislativa, pois ela analisará quais políticas adotadas pelo estado dotam de eficácia e as que mostram não está sendo eficaz. Biachinni (2013) destaca essa importância do estudo da criminologia visto que o sistema penal deve ser considerado e analisado como um todo desde o momento anterior a exteriorização do direito penal em forma de lei, tanto pela fase processual e na execução da pena observando as garantias do indivíduo, tanto como o momento posterior essa aplicação penal que é aonde se identifica a real eficácia da estratégia adotada, a fim de que futuramente possa se desenvolver outros meios mais adequados e eficientes aquela situação.

Biachinni (2013) conclui alegando que já é pacífico o entendimento de que o Direito Penal vem se mostrando ao longo do tempo como uma ferramenta ineficaz ao combate da criminalidade afastando a onda punitivista penal e cita até algumas estratégias de política criminal que não são penais e podem ser aplicadas trazendo menos danos sociais, como iluminação pública, educação, oportunidade de empregos, etc.

Por fim pode-se dizer que Política criminal é o caminho pelo qual o estado escolherá entre diversas teorias a melhor forma de combater o problema social, devendo o estado buscar aquele que se adequa melhor a sociedade de forma efetiva e não apenas dar uma resposta imediata a uma pequena parcela da sociedade.

3 A INFLUÊNCIA DO POPULISMO PENAL MIDIÁTICO NO LEGISLATIVO

A Constituição Federal de 1988 sagrou, no rol de direitos fundamentais, a liberdade de pensamento da imprensa de modo que não subsista restrições políticas ou quaisquer outras que impeçam a mensagem a ser propagada pelos meios de comunicação, conclui-se, portanto, que a ideia de liberdade de expressão está ligada a concepção da mídia, e aos meios de comunicação, é através dela que se manifesta a opinião, seja criticando, informando ou mesmo investigando.

Sob essa perspectiva, nota-se que dentro do processo penal, a mídia cumpre um duplo papel, auxilia a atividade de polícia do Estado por meio da propagação de informações importantes sobre criminosos e eventos de natureza criminal, e ao mesmo tempo condena o acusado antes mesmo do julgamento, utilizando-se da pressão pela opinião pública. Desta forma, se mostra mais do que necessário um juízo de ponderação quanto a liberdade de informação.

Em relação ao impacto desse fenômeno, atesta Judson Pereira de Almeida:

A mídia, como instância informal de controle social, acaba por se tornar uma caixa de ressonância da instância formal, ou seja, do Direito Penal. Esta ressonância se apresenta, na maioria dos casos, distorcida [...]. Aí cria-se um ciclo, que podemos assim estabelecer: Direito Penal (instância formal onde as regras são estabelecidas) ” crime (burla da regra penal) ” meios de comunicação (instância informal que interpreta e, não poucas vezes, deturpa o funcionamento do sistema formal de controle e a desobediência às suas regras) ” sociedade (onde os efeitos das duas instâncias de controles são sentidos, e onde nasce o sentimento de medo e insegurança) ” legislador (recebe a influência da sociedade que clama por modificações no ordenamento jurídico)” Direito Penal (modificado com base no clamor popular provocado pelo crime e suscitado pela mídia) (ALMEIDA, 2018. P. 33-34).

Na década de 90, no período em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se consolidava, a sociedade já interferia de forma decisiva nos processos legislativos penais. Com a revolução dos meios de comunicação, a presença dessa influência se fez ainda mais recorrente e o Poder Legislativo, por sua vez, atuava sob o clamor público e cedendo aos apelos da mídia, conforme assevera Tomasi e Linhares:

Evidencia-se aqui uma verdadeira crise no sistema penal, haja vista que a produção legislativa penal brasileira caminha simultaneamente às pressões exercidas pelos veículos de comunicação em massa. Entretanto, denota-se que essa “produção” não vem sendo acompanhada de avanços positivos, tendo em vista o não exercício reflexivo que determinadas matérias imperam ao legislador, faz com que esse trabalho seja limítrofe e inócuo, com mudanças limitadas e desarrazoadas, apenas com o propósito de atender aos apelos da mídia. Fica claro, assim, que a lei não pode vir a ser o produto da massificação dos meios de comunicação e do espetáculo midiático, sendo o legislador tratado como um verdadeiro “peão” da mídia versus a sociedade. (TOMASI; LINHARES, 2015).

Nas décadas de 80 e 90, em razão do grande crescimento do crime de sequestro, crime direcionado às classes sociais mais elevadas, como o caso mostrado no livro do empresário Abílio Diniz e de Roberto Medina, tais crimes causaram grande comoção social alimentada pela imprensa, gerando uma grande pressão da população frente ao estado. Como resposta, o poder legislativo criou a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), que veio com o objetivo de aumentar penas, criar novos crimes e cortar direitos humanos e garantias fundamentais, características demonstradas no capítulo anterior em que foi tratado o Movimento da Lei e Ordem.

A fama das vítimas, bem como o clamor social e da mídia, fez com o que governo agisse para dar uma resposta à altura do problema, levando o legislativo a regulação do dispositivo constitucional (art. 5º, XLIII) referente aos crimes de natureza hedionda, retirando das pessoas processadas ou condenadas por sua prática de diversos benefícios da progressão de regime. Desse modo, Teles argumenta que:

O legislador brasileiro, ao cumprir o mandamento constitucional, talvez pela pressa diante de fortes pressões – encontrava-se o Congresso Nacional sobre forte pressão da Mídia eletrônica, na ânsia de atender aos reclamos da camada mais rica da população, que assistia ao sequestro para fins de extorsão, de alguns de seus mais importantes representantes, preferiu selecionar alguns tipos já definidos em lei vigente e rotulá-los como hediondos, em vez de apresentar uma noção explícita do que seria a hediondez que caracteriza tais crimes (TELES, 2004, p. 223).

Desta maneira, é importante ressaltar que tal mudança não trouxe uma redução dos índices de criminalidade, mas somente serviu para aumentar a população prisional que já se encontrava em crescimento.

Esse movimento de “hediondização” dos crimes seguiu acompanhando os movimentos da mídia. Em meados de 1998, diante de um famoso caso de falsificação de remédios, conhecido pela “pílula de farinha”, mais uma vez exigiu uma atuação extensiva e abrupta do governo, que por força da Lei 9.695 promulgada em 20 de agosto, incluiu no rol de crimes hediondos o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos e medicinais (inciso VII-B, art. 1º da Lei 8.072) (MASCARENHAS, 2010).

Outro caso de grande relevância é o que culminou na criação da Lei 12.737, que ficara conhecida como a “Lei Carolina Dieckmann” e tratou da tipificação de delitos cibernéticos, introduzindo os artigos 154-A, 154-B e alterando os arts. 266 e 298 do vigente Código Penal.

No ano de 2007, um crime no Rio de Janeiro causou imensa comoção em todo país. João Hélio Fernandes, de apenas seis anos, foi arrastado por um carro e em seguida morreu em um roubo. E um dos autores desse crime era um menor. Logo em seguida a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado elaborou uma proposta visando a redução da maioria penal.

Outra mudança foi a criação da Lei 11.923/09, acrescentando o §3º, ao artigo 158 do Código Penal, tipificando o crime popularmente denominado como “sequestro relâmpago”. Porém tal acréscimo gerou grande confusão, tendo em vista que, alguns juízes na aplicação da pena, interpretavam o fato como crime de extorsão, outros tinham o entendimento que o tipo penal era de extorsão mediante sequestro, e havia ainda outros que entendiam o fato como roubo majorado pela restrição da liberdade. Ou seja, na prática várias pessoas foram julgadas pelo ato de forma diferente.

A Lei 12.012/2009, devido ao grande aumento de casos de extorsão realizadas por ligações telefônicas feitas por presos e a comunicação de líderes de facções criminosas, que davam ordens de dentro dos estabelecimentos prisionais. A lei introduz o artigo 349-a ao Código penal, o artigo cria um novo tipo penal para combater a entrada de aparelhos telefônicos em estabelecimentos.

Com todos os casos e as alterações legislativas resta comprovada a relação entre a elaboração e endurecimento de tipos penais com fatos que ganharam destaque na imprensa e a forma rápida com os quais são “discutidos” e aprovados pelo poder legislativo. Ficando nítido o fato do corpo legislativo está contaminado pelo discurso do direito penal do inimigo e ignorar estudiosos e especialistas do direito penal, aumentando cada vez mais a utilização de políticas criminais demagogas e imediatistas que não são eficazes para combater a crise da segurança pública nacional.

O poder legislativo mostra-se caro e ineficiente, e busca resolver os problemas sociais com uma espécie de “governo do crime”, criando leis que alteram os dispositivos penais, sem efeito prático, criadas as pressas, sem uma discussão mais técnica e elaborada que a importância do tema exige, com o fim de conter o sentimento de revolta e insegurança da população alimentado pela grande mídia.

4 A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O sistema penitenciário brasileiro encontra-se em um cenário crítico que se mostra totalmente ineficiente visto que a sua proposta é de ressocialização daqueles que estão presos. Em um estudo realizado em 2019 pelo Ministério da Justiça, denominado Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, demonstra a realidade do sistema carcerário brasileiro que apresenta um número de mais de 750 mil pessoas encarceradas.

Com esses números o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, e a um déficit de mais de 400 mil vagas no sistema carcerário, marcado pela superlotação nas penitenciárias, que se apresenta como a principal causadora de diversos problemas que logo serão abordados, além disso desmente a falácia de que o Brasil é o país da impunidade, mas sim o país da seletividade punitiva (INFOPEN 2019).

Conforme o estudo realizado em 2019 pelo Ministério da Justiça, resta comprovada a seletividade punitiva praticada pelo estado. Segundo o estudo, o perfil dos encarcerados é composto pela maioria de homens, negros, jovens e que não concluíram o ensino fundamental (INFOPEN 2019).

Apesar da maioria dos encarcerados ser jovem gozar de força física para trabalhar, a maior parte não trabalha. Quanto a previsão legal para o trabalho do preso a Lei 7.210/84 leciona que: “Art 28º - O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Essa ausência do trabalho é apontada como uma das principais causas da reincidência, conforme demonstrado através das palavras de Foucault:

Essa pedagogia tão útil reconstituirá no indivíduo preguiçoso o gosto pelo trabalho, recolocá-lo-á por força num sistema de interesses em que o trabalho será mais vantajoso que a preguiça, formará em torno dele uma pequena sociedade reduzida, simplificada e coercitiva onde aparecerá claramente a máxima: quem quer viver tem que trabalhar. Obrigação do trabalho, mas também retribuição que permite ao detento melhorar seu destino durante e depois da detenção (FOUCAULT, 1987, p.141).

Ottoboni (2001) retrata o cenário atual do sistema carcerário brasileiro, marcado pela superlotação, insalubridade, abusos físicos, morais, psicológicos e sexuais, falta de assistência material, assistência educacional, jurídica, médica e profissional, além da falta de preparo dos profissionais que trabalham nos estabelecimentos penitenciários. Todo esse cenário vem contribuindo para que as penitenciárias sejam totalmente ineficazes para atender o seu objetivo de ressocialização de criminosos, e a ausência de separação de presos por categorias contrariando a legalidade

O cenário do atual sistema carcerário brasileiro, é uma afronta a dignidade da pessoa e aos princípios constitucionais conforme retrata César Barros Leal:

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectadas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso “sorteado” é morto, a pretexto de chamarem atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos (LEAL, 2001, p.58).

Uma das causas do agravamento desse cenário é a forma que imprensa trata do tema da segurança pública, gerando um enorme medo na sociedade através da seletividade e grande exposição de notícias violenta, de tal modo que somente a punição vingativa será capaz de afastar essa insegurança.

Boldt (2013) demonstra tal fato:

Tema central do século XXI, o medo se tornou base de aceitação popular de medidas repressivas penais inconstitucionais, uma vez que a sensação do medo possibilita a justificação de práticas contrárias aos direitos e liberdades individuais, desde que mitiguem as causas do próprio medo (BOLDT, 2013, p.96).

Essa somatória de fatores acaba por somar para total desinteresse dos governantes que apostam em uma solução do encarceramento em massa gerando uma falsa impressão de segurança com penas abusivas e desproporcionais totalmente incompatíveis com as principais características da pena, que são: retribuição, prevenção e ressocialização. Contrariando completamente o que versa a LEP (Lei de execução penal).

4.1 A GENERALIZAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A Constituição Federal principal guardiã dos direitos e garantias fundamentais, versa de forma expressa, em seu art. 5, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O ordenamento constitucional se preocupou em garantir o princípio da presunção de inocência em material de direito penal, impondo pena a qualquer indivíduo que não seja processualmente considerado culpado.

O populismo penal trata o encarceramento como uma medida eficaz no combate ao crime conforme retrata o brilhante mestre Luiz Flávio Gomes (2013), em que o discurso midiático deturpa uma importante ferramenta do direito penal deixando de a tratar como exceção e tornando regra a utilização das medidas cautelares de prisão para que elas possam ser utilizadas com o objetivo de antecipar a punição do indivíduo e garantir uma “ordem pública”. Alguns juízes também se utilizam do argumento que a prisão é necessária para que haja um sentimento de credibilidade das instituições estatais frente aos criminosos, neste sentido, o professor Lopes Jr (2008, p.2013) afirma: “é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas”.

A generalização das prisões cautelares é um dos grandes problemas a ser enfrentado a fim de garantir uma justa condenação e cumprimento de pena pelo indivíduo, e desenfrear o crescente aumento da população carcerária, visto que conforme recente estudo do CNJ (2015) aponta que em número total o Brasil já é a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 750 mil detentos, e desse montante cerca de 228 mil deles são presos provisórios, além dos mais de 358 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos. Baseado nesses dados e no déficit de 450 mil vagas é possível ter uma noção do impacto social negativo conforme retratado no capítulo anterior que essa generalização de prisões provisórias podem vir a causar.

O código de processo penal trata das medidas penais cautelares, entre elas a prisão preventiva:

Art. § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não

cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (BRASIL, 1941).

Portanto, devem ser observadas antes da decretação da prisão preventiva medidas a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa, a prisão domiciliar, a suspensão da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, o monitoramento eletrônico, entre outras que atingem o indivíduo de forma mais branda que a prisão preventiva.

Visto isso, a decretação da prisão preventiva deve ser motivada, quanto a sua motivação, o Código de Processo Penal traz suas condições em seu Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 1941).

Contudo, na prática isso não ocorre, o judiciário que deveria atuar como garantidor dos princípios fundamentais não tem observado a medida da prisão preventiva levando em consideração sua excepcionalidade.

Conforme ressalta Lopes Jr (2008), na prática se verifica um cenário em que juízes e tribunais de todo o país, agem na lógica punitivista do Ministério Público e da mídia e decretam a prisão excepcional para fins diversos do que prevê a lei, a doutrina e a jurisprudência. São decretadas prisões em razão da: gravidade do crime, periculosidade do agente, para obtenção da delação premiada indo contra a presunção de inocência.

Outro fato que causa direto impacto no número de presos agravando a crise do sistema prisional brasileiro em relação à prisão preventiva, é o tempo de encarceramento provisório que por diversas vezes ultrapassa até mesmo o tempo que o indivíduo ficaria preso caso viesse a ser condenado pelo delito do qual foi preso provisoriamente. Diante de todo esse cenário, é necessário que se tenha um maior rigor na decretação da prisão e na dilação do seu prazo.

4.2 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O SISTEMA CARCERÁRIO

Conforme abordado anteriormente, a ocorrência de um crime é o suficiente para que seja criado um imenso clamor social por rápidas mudanças legislativas que a tornem mais rigorosas com o objetivo de combater problemas sociais. Quando esses crimes ocorrem e algum dos envolvidos desses fatos são menores vem imediatamente levantada a discussão da redução da maioridade penal, ignorando completamente o fato que crimes violentos cometidos por

adolescentes representam menos de 2% dos menores internos, conforme estudo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015. Seja essa redução de 18 para 16 anos, 14, 12 e assim por diante sem analisar de forma séria as consequências e a eficácia que essa alteração traria a sociedade. Neste sentido Adriana Alves Bezerra diz:

A diminuição da idade penal não será capaz de impedir que amanhã sejam recrutados aqueles entre 14 e 16 anos de idade, ou mesmo os mais jovens. E a partir daí, qual será a simplista solução a ser proposta? Por certo continuaremos o mesmo processo de redução sem discussão das verdadeiras causas a serem atacadas, quando então no Brasil até mesmo o recém-nascido merecerá punição por ser um "criminoso em potencial" (BEZERRA, 2002, p.255).

Os menores de dezoito anos são protegidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, sendo considerados inimputáveis, as condutas criminosas ou contravenções penais cometidas por eles é denominada de atos infracionais e as penas previstas são de medidas socioeducativas.

Conforme dados do INFOPEN (2019), 20.000 adolescentes cumprem medidas que implicam privação de liberdade. Colocar cerca de vinte mil jovens além daqueles que futuramente possam vir a cumprir tais medidas em um ambiente prisional de adultos onde os estabelecimentos são denominados como “escolas do crime” em situações degradantes como as que já foram relatadas em capítulos anteriores, de forma alguma traria benefícios no combate ao problema social.

É claro que quem comete um crime deve responder pelos seus atos, mas não é punindo de qualquer forma que o problema será solucionado, sistema penitenciário vem se mostrando completamente ineficaz de ressocializar uma pessoa, até pior o mesmo exerce uma influência negativa no indivíduo.

Logo, com o cenário atual, a redução da maioria penal só ajudaria a agravar a crise do sistema carcerário brasileiro aumentando em grande número a sua população e influenciando os menores infratores a cometerem mais crimes e mais graves e violentos pelos quais foram presos tendo em vista que crimes violentos cometidos por adolescentes representam menos de 2% dos menores internos. É inegável que se precisa de uma transformação no ECA e na forma de como é tratada a punição dos menores infratores, mas conforme já dito anteriormente neste trabalho, fica difícil falar em alteração legislativa tendo em vista que a atual não é posta em prática de forma adequada.

4.3 A LEI DE DROGAS E O POPULISMO PENAL MUDIÁTICO

A Lei de Drogas (Lei 11.343) do ano de 2006 nascida sob forte influência do populismo penal alimentado pela mídia, tornou mais rigorosa as penas para traficantes e tornou mais brandas as penas para usuários, conforme o vigésimo sétimo relatório global da organização internacional Human Rights Watch, realizado em mais de 90 países ao longo do ano de 2016 e 2017 demonstra que a Lei 11.343 foi um dos fatores de maior influência no enorme aumento da população carcerária no Brasil nos últimos anos.

Conforme o levantamento do estudo no ano de 2005 apenas 9% dos presos no Brasil tinham sido condenados por crimes relacionado as drogas, apenas 9 anos depois no ano de 2014 este número subiu para 28%, a ONG culpa o texto confuso da lei no grande aumento da população, tendo em vista que muitos usuários de drogas foram condenados como traficantes, conforme retratado no trecho:

Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para usuários de drogas por medidas alternativas, como o serviço comunitário - o que deveria ter reduzido a população carcerária -, sua linguagem vaga possibilita que usuários sejam condenados como traficantes (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017).

A Lei 11.343 foi aprovada em agosto de 2006, de acordo com art. 28, § 2º, o juiz deve definir se o indivíduo será condenado como usuário ou como traficante de drogas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

...

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2006).

No artigo “Penas substitutivas no tráfico de drogas e o populismo penal midiático” Luiz Flávio Gomes, (GOMES, 2010, p.1) nos mostra uma interessante alteração da lei de drogas ocorrida no de 2010 em que ficou decidido no STF por seis votos a quatro a decisão que foi tomada no HC 97.256, tal decisão só possui validade para o processo, porém poderá o mesmo ser aplicado a outros processos que cheguem ao supremo e discutam a mesma matéria. O habeas corpus 97.256 traz a possibilidade de penas substitutivas no crime de tráfico de drogas. Com a decisão tornaram-se inconstitucionais partes dos artigos 33, § 4º e do art. 44 da lei de drogas (lei 11.343), tais artigos vedavam a conversão de pena restritiva de liberdade para pena restritiva para aqueles indivíduos condenados pelo crime de tráfico de drogas.

Importante ressaltar que o legislador da lei 11.343/06 acertou quando, no artigo 33 ele distinguiu os vários tipos de traficantes entre pequeno, médio e grande, porém no momento de estabelecer o regime que ele cumpriria a pena agiu de forma irracional, visto que tratou todos de forma igual. O tratamento dado ao grande traficante não pode ser o mesmo para o pequeno traficante, como aquele primário e de bons antecedentes. De acordo com os princípios do direito penal cada crime deve ser punido de acordo com a gravidade de sua conduta, e o legislador ordinário não pode deixar de observar os princípios constitucionais na elaboração da legislação penal.

No entanto, esta previsão legal dada aos magistrados recebe críticas no sentido de possibilitar grande margem discricionária aos magistrados, fazendo com que sua decisão possa ser influenciada por fatores subjetivos e preconceitos sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho pôde-se constatar a influência negativa que o populismo penal exerce no agravamento da grande crise pela qual o sistema carcerário nacional passa, esse populismo penal é sustentado por um Direito penal do inimigo, que se caracteriza pelo imediatismo como um grande opositor ao Direito penal garantista, pois ele representa uma espécie de Direito penal excepcional, que se mostra contrário aos princípios liberais do Estado constitucional e democrático de Direito.

Quando se aborda assuntos sobre Direito penal é imprescindível desmistificar alguns conceitos. Em primeiro lugar é preciso entender de forma clara de que a pena é diferente de vingança e castigo, e no Brasil teoricamente ela tem uma função tanto de punir quanto de ressocializar.

Conforme visto no trabalho não é o que ocorre no cenário atual, pois a pena aplicada atualmente neste país tem caráter preventivo, com a finalidade de impor medo. Entretanto, tal medo, é totalmente ineficaz como instrumento de coagir a prática do delito, bem como de ressocializar os indivíduos, tendo em vista que no Brasil mesmo com o indivíduo em liberdade e podendo usufruir das estruturas proporcionadas pelo Estado, como escolas, acesso à justiça, não se consegue garantir a socialização do indivíduo.

Esse direito penal do inimigo e essa política de encarceramento em massa propagados pelo populismo penal midiático se mostra como um dos principais fatores responsáveis pelo aumento da população carcerária. Se a atuação criminal se baseasse na prevenção da criminalidade com medidas que impeçam que o indivíduo cometa o crime e até mesmo mais

importante do que isso, dessem condições sociais básicas para que o indivíduo não venha sequer a iniciar a sua vida no mundo do crime, não haveriam tantos presídios lotados, haveriam menores índices de reincidência, porém não é o que se vê.

No cenário atual trata prisão como caráter preventivo e deixa nas mãos do caótico sistema criminal a responsabilidade de devolver esse indivíduo para a sociedade e que não volte a cometer crimes.

Essa lógica é defendida pelo populismo penal, propaga um discurso que a aplicação de severas e degradantes penas com o objetivo de gerar desconforto e sofrimento ao apenado a fim de que não deseje nunca mais retornar a ser preso, ou seja, o indivíduo não virá a cometer mais crimes, além disso esse discurso populista propaga que essa pena degradante servirá de exemplo para outros indivíduos da sociedade demonstrando a presença e o poder do estado como garantidor da ordem e justiça.

Enquanto esse discurso populista prevalecer e influenciar a legislação brasileira, não ocorrerá avanços no direito penal. Pois, a sociedade sendo manipulada pela mídia responsável pela propagação desse discurso populista, continuará escolhendo representantes que defendem que a pena é uma forma de prevenir a criminalidade. Logo com esses legisladores não haverá a criação de medidas que vão efetivamente prevenir a criminalidade.

Portanto, o combate a esse discurso populista manipulador é uma necessidade, para que se comece a pensar numa efetiva política criminal, pois, continuar vendo a pena com este caráter, é continuar a ver os presídios superlotados, em condições degradantes, tendo em vista que em toda história moderna, não tem resultados positivos nessa política de encarceramento como forma eficiente de combate ao crime.

Os países que conseguiram diminuir as taxas de criminalidade investiram em educação e no combate à desigualdade social, e após anos de políticas voltadas ao social, começaram a ver a diminuição nos crimes e até mesmo a desativar suas prisões devido a sua não mais necessidade.

Outra característica desse discurso populista além de tratar a pena como única solução no combate ao crime é o imediatismo que ele exige dos resultados das políticas criminais adotadas. É importante desmitificar esse discurso populista e esclarecer para a população que não existe uma forma única de combate ao crime.

Dentro da criminologia tem diversas formas de explicar o delito, pois são diversos os fatores que atuam sobre ele, logo é preciso esclarecer isso para a população de forma clara

demonstrando estudos e estatísticas, não apenas explorar o fato com o objetivo de gerar insegurança social conforme realizado pela mídia.

Deve-se esclarecer que políticas criminais eficazes exigem um longo prazo, altos investimentos de recursos financeiros, dois pontos contrários ao discurso populista que exige resultados imediatos e que não se deve investir dinheiro no sistema carcerário.

A mídia propagadora do discurso populista é umas das principais partes deste ciclo, para ela o interessante é continuar os debates, coberturas, as matérias que propagam este movimento, pois é o que os rende audiência e o que as camadas sociais mais elevadas detentoras dos meios de comunicação defende.

Dentro deste panorama, verifica-se que o medo se transformou em uma mercadoria, onde os meios de comunicação veiculam exaustivamente notícias violentas, gerando uma sensação de insegurança capaz de provocar uma falta de percepção crítica do que realmente ocorre na sociedade, conseqüentemente manipulando a população visando atender interesses políticos, econômicos e sociais.

Logo dentro dessa conjuntura construída pela mídia, envolvendo o medo do crime e sua solução, os meios de comunicação detêm grande potencial de mobilização na produção da legislação penal, com maior criminalização de condutas, maiores penas, flexibilização de direitos e garantias fundamentais. Concluindo, a mídia possui os meios capazes para manipular a opinião pública, e os utiliza sem receios e nenhum limite ético.

REFERÊNCIAS

27º relatório global da organização Human Rights Watch: Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os Meios de Comunicação de Massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. 2007. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/almeida-judson-meios-de-comunicacao-direito-penal.pdf>. Acesso em: 21 de outubro 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 396p.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, 3 de outubro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.210, 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de setembro de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 11.343, 23 de agosto de 2006. **Lei de drogas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 30 de setembro de 2021.

BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro; **Direito Penal Brasileiro - Teoria do Delito**, 2ª. Ed. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, volume 1, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Editora Saraiva, 2015.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do Garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

CRAVO, Adriana. **Afinal, o que é populismo?**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/populismo-o-que-e/>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. **Mídia e processo penal: A influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 94, jan-fev, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALVÃO, **Política Criminal - Col. Ciências Criminais 3 - 2ª Edição 2002.**

GOMES, Luiz Flávio. **Presos provisórios: aumento de 1253% em 20 anos.** Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/presos-provisorios-aumento-de-1253-em-20-anos/>. Acesso em: 12 de nov de 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal. Conteudo Juridico**, Brasilia-DF: 05 abr.2013.Disponivelem:<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42761&seo=>> Acesso em: 05 out. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Estamos sendo enganados pelo populismo penal. 2013.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-28/luiz-flavio-gomes-estamos-sendo-enganados-populismo-penal.>> Acesso em: 07 out de 2021.

Infopen - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** 2015. Disponível em: <http://justica.gov.br/slides/relatorio-do-infopen-2019>. Acesso em: 19 de setembro de 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Penas alternativas: anotações à lei n. 9714**, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999. p.1-14.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares.** 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727&revista_caderno=3>. Acesso em: 21 outubro 2021.

MATZEMBACHER, Alanis, Uma passagem pelas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/732503394/uma-passagem-pelas-ordenacoes-afonsinas-manuelinas-e-filipinas>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

Moyes, a. **O populismo punitivo no Brasil Online – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, ano 5, ed. 12, abr./jul. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. 7. ed. ver., atual. e ampl.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Greco Filho, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12ª ed. rev., ampliada e atualizada. 3ª tiragem. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1994, p. 661.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?**. 2º ed. São Paulo: Paulinas, 2001.

PRATT, John. **Penal Populism**. New York: Routledge, 2007.

POULANTZAS, Nicos. **Poder Político e classes sociais**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 220-223.

PRADO, Geraldo. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF:22 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52253&seo=1>. Acesso em: 21 de outubro 2021.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 164p.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. Parte Geral. vol 1. São Paulo, Atlas, 2004, p. 223 apud MASCARENHAS, 2010.

TOMASI, Pricila Dalmolin; LINHARES, Thiago Tavares. **“Quarto poder” e direito penal: um olhar crítico à influência das mídias no processo legislativo penal brasileiro**. In: 3º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, Santa Maria, f15, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-12.pdf>. Acesso em: 21 de outubro 2021.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1 : parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.