



## A GESTÃO DO EXCESSO: PRISÃO CAUTELAR E A CONTENÇÃO DO PERIGO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

### CAUTIONARY PRISON AND DANGER CONTAINMENT BY BRAZILIAN JUDICIAL POWER

<i>Recebido em:</i>	22/02/2021
<i>Aprovado em:</i>	27/09/2021

**Eduardo Neves Lima Filho<sup>1</sup>**

**Marcus Alan Melo Gomes<sup>2</sup>**

#### RESUMO

A população carcerária ultrapassou a marca dos 800.000 (oitocentos mil) presos, dos quais mais de 40% não foram definitivamente julgados. Em grande medida, os presos provisórios estão encarcerados em decorrência de decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código do Processo Penal e a vagueza semântica da expressão “ordem pública” contribui expressivamente para esse quadro. Nesse contexto, o presente trabalho busca investigar em que medida a prisão preventiva para garantia da ordem pública representa uma transição do discurso declarado das funções da prisão (ressocialização) incorporando a lógica da contenção do perigo. O trabalho se vale de

<sup>1</sup> Doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Pará (Cesupa). Especialista em Processo Penal pela Escola Superior de Magistratura do Pará e Cesupa. Professor de Direito do Cesupa. Endereço eletrônico: eduardonfilho@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública da UFPA. Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal de Belém. Endereço eletrônico: marcusalan60@hotmail.com



trabalhos desenvolvidos por autores identificados com a criminologia crítica e tem como conclusão que o discurso perigosista difundido pelo Superior Tribunal de Justiça, com reflexos no Judiciário brasileiro, é utilizado como justificativa retórica para adota um modelo de defesa social baseada na contenção do excesso e que reflete a transição do fordismo para o pós-fordismo.

Palavras-chave: Prisão preventiva, ordem pública, encarceramento, defesa social, contenção do excesso.

#### ABSTRACT

The prison population has surpassed the 800,000 (eight hundred thousand) prisoners, of which more than 40% have not been definitively tried. To a large extent, pre-trial detainees are incarcerated as a result of the decree of pre-trial detention to guarantee public order, provided for in Article 312 of the Code of Criminal Procedure and the semantic vagueness of the expression “public order” contributes significantly to this picture. In this context, the present work seeks to investigate the extent to which preventive detention to guarantee public order represents a transition from the declared discourse of prison functions (re-socialization) incorporating the logic of containing the danger. The work uses works developed by authors identified with critical criminology and concludes that the dangerous discourse disseminated by the Superior Court of Justice, with repercussions in the Brazilian Judiciary, is used as a rhetorical justification for adopting a social defense model based on containment excess and that reflects the transition from Fordism to post-Fordism. Keywords: preventive detention, public order, incarceration, social defense, containment of danger.

**Keywords:** preventive detention, public order, incarceration, social defense, containment of excess.



## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas viu-se um intenso aumento do número de presos no Brasil, com um crescimento de 707% da população carcerária do início da década de 90 até 2016 (LEVANTAMENTO..., 2016). O sistema penal conta atualmente com mais de 800.000 (oitocentos mil) presos, dos quais mais de 40% não foram definitivamente julgados (BANCO..., 2019). Em grande medida, os presos provisórios estão encarcerados em decorrência de decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública, prevista no artigo 312 do Código do Processo Penal e a vagueza semântica da expressão “ordem pública” contribui expressivamente para esse quadro.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem decidindo, com relevantes reflexos em todo Judiciário brasileiro, que a periculosidade do agente é fundamento suficiente para autorizar a decretação da prisão cautelar. Esse encarceramento baseado na periculosidade pode corresponder a um retorno ao discurso da defesa social, mas ao mesmo tempo sem a justificativa expressa de contenção de determinados sujeitos ou grupos sociais tidos como perigosos. A questão surge na medida em que o discurso declarado que orienta a legislação brasileira é o discurso da retribuição e principalmente da ressocialização. Essa seria justificativa para colocar alguém no cárcere e é o discurso que, em tese, deveria orientar toda execução da pena.

Tendo em vista essa aparente contradição entre as finalidades da prisão como pena e as finalidades da prisão cautelar, o presente trabalho busca investigar em que medida a prisão preventiva para garantia da ordem pública no Brasil representa uma transição do discurso declarado da função de ressocialização da prisão incorporando a lógica da contenção do perigo. Para alcançar esse objetivo, são apresentadas as finalidades – declaradas e ocultas – da prisão que alimentam o discurso punitivo do sistema de justiça criminal, em especial no Brasil. Em seguida, examina-se o emprego da prisão cautelar como meio declarado de controle e contenção de sujeitos perigosos, partindo-se, para tanto, da



análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça. A reflexão final se concentra sobre o aproveitamento do discurso perigosista difundido pelo sistema de justiça criminal como justificativa retórica para a retomada de um modelo de defesa social em que, desta vez, o controle e contenção do perigo está baseada no excesso originado na transição do fordismo para o pós-fordismo.

## 2. PRISÃO: ENTRE O DISCURSO DA REEDUCAÇÃO E A REALIDADE DA CONTENÇÃO

Inicialmente, é importante destacar que a prisão somente se consolidou como modelo predominante de pena no século XIX e que o discurso de reeducação preso como finalidade da pena não é recente. Na verdade, esse discurso é quase tão antigo quanto o próprio surgimento das prisões. Para melhor compreensão do discurso de reeducação, faz-se necessária uma breve exposição do surgimento e consolidação da prisão como principal forma de pena, bem como do surgimento do referido discurso.

Como mencionado, a prisão nem sempre foi a forma de punição predominante no Ocidente. Na Alta Idade Média, por exemplo, não havia espaço para um sistema estatal de punição, na medida em que a lei do feudo e a pena pecuniária “constituíam essencialmente um direito que regulava as relações entre iguais em *status* e bens” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 23). Aquele que cometia uma ofensa contra a decência, a moral vigente ou a religião, ou injuriasse ou matasse seu vizinho, seria julgado por uma reunião de homens livres montada para julgá-lo e fazer com que o culpado pagasse ou expiasse a culpa de forma a fazer com que a vingança da parte atingida não evoluísse para o sangue ou para a anarquia. “Como resultado desse método de arbitragem privada, optava-se pela imposição de fianças” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 24). Ocorre que os eventuais ofensores que pertenciam as classes subalternas não possuem condições de pagar as fianças em moeda, o que levou à substituição por castigos corporais.



Importante destacar que a estatização da justiça criminal teve como um de seus principais motivos a obtenção de recursos, pois as penas pecuniárias passaram a ser destinadas ao Estado e não mais ao ofendido, ou seja,

o angariamento de recursos através da administração da justiça criminal foi um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com a representatividade da autoridade pública apenas na posição de árbitro, para uma parte decisiva do direito público (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 26)

Em contrapartida, a intensificação dos conflitos sociais, em especial em Flandres, no norte da Itália e no norte da Alemanha, que marcou a transição ao capitalismo entre os séculos XIV e XV, ocasionou a criação de leis criminais duras, dirigidas as classes subalternas e o aumento do crime entre setores do proletariado empobrecido levou as classes dirigentes a buscar formas de fazer a lei penal mais efetiva. “O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 31).

Aqueles que possuíam recursos para pagar podiam comprar a liberação da punição, enquanto que os delinquentes que não possuíam recursos, os quais correspondiam a grande maioria, eram submetidos a castigos físicos (como mutilação e açoites), que com o passar o tempo acabaram se tornando a forma regular de punição. A partir do século XV, a pena de morte e a mutilação passaram a ser aplicadas pelos juízes sempre que estavam convencidos que o réu era perigoso para a sociedade.

No final do século XVI, por sua vez, a punição começou a sofrer uma mudança gradual e profunda, pois a possibilidade de explorar o trabalho dos prisioneiros passou a receber



atenção crescente, em especial a escravidão das galés, a deportação e servidão penal através de trabalhos forçados.

Algumas vezes elas apareciam simultaneamente com o sistema tradicional de fianças e penas capital e corporal; em outras, tenderam a substituí-lo. Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 43)

Nesse período, existia também a falta de constância no fornecimento de mão de obra e a baixa produtividade do trabalho, o que significava uma mudança na posição das classes proprietárias, pois o desaparecimento da reserva de mão-de-obra dava aos trabalhadores o poder de exigir melhorias radicais em suas condições de trabalho, levando os capitalistas a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 47).

Apenas nesse contexto, surgiram as primeiras casas de correção. Algumas das primeiras casas de correção foram implementadas na Holanda. No final do século XVI a Holanda possuía o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa, porém não possuía reserva de mão-de-obra, o que levava ao pagamento de altos salários, bem como a condições de trabalho favorável com jornadas de trabalho pequenas para os padrões da época.

Um das estratégias para tentar mudar essa situação foi por meio das casas de correção. O exemplo de Amsterdã foi estudado e seguido em toda a Europa e as suas casas de correção eram uma combinação de assistência aos pobres (*poorhouse*), oficinas de trabalho (*workhouse*) e instituições penais, cujo principal objetivo era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-os socialmente úteis como força de trabalho, na medida em que





“através do trabalho forçado dentro da instituição, os prisioneiros adquiriram hábitos industriais e, ao mesmo tempo, receberiam um treinamento profissional. Uma vez em liberdade, esperava-se, eles procurariam o mercado de trabalho voluntariamente” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 68).

Em alguns lugares, os cidadãos internavam seus próprios filhos rebeldes e dependentes dispendiosos nas casas de correção. Em algumas cidades, eram aceitas nessas casas pessoas pobres e necessitados que não podiam se sustentar.

Assim, podemos ver que as casas de correção promoviam o encarceramento orientado por uma ideia de ressocialização do sujeito por meio do trabalho para que o sujeito seja uma peça útil no mercado que se encontrava desguarnecido de reserva de mão-de-obra. De acordo com Rusche e Kirchheimer (2004, p. 68): “Todos os esforços foram feitos para aproveitar a reserva de mão-de-obra disponível, não apenas para absorvê-las às atividades econômicas, mas sobretudo, para ‘ressocializá-la’ de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado de trabalho espontaneamente”.

Ainda no contexto das casas de correção, é importante destacarmos que o trabalho na prisão tem um efeito econômico, produzindo indivíduos mecanizados segundo as normas gerais de uma sociedade industrial, inculcando o trabalho como moral que preenche o vazio das crenças e passando a ser o princípio de todo bem. Buscava-se a fabricação de indivíduos-máquinas, de proletários. O homem que só possui os próprios braços como bens não poderia viver de nada além do produto do seu trabalho ou do produto do trabalho alheio pelo ofício do roubo. O homem deve ser obrigado a trabalhar no cárcere para que não seja sustentado pelo trabalho de outros, caso contrário iria ocorrer a reprodução na própria instituição penal da lógica da vantagem de uns sobre o trabalho alheio (FOUCAULT, 2009, p. 229).

O trabalho do condenado requalifica o ladrão em operário dócil e a retribuição pelo seu trabalho no cárcere impõe ao detento a forma “moral” do salário como condição de sua existência, pois “o salário faz com que se adquira ‘amor e hábito’ ao trabalho; dá a esses



malfeitores que ignoram a diferença entre o meu e o teu o sentido da propriedade – ‘daquela que se ganhou com o suor do rosto’” (FOUCAULT, 2009, p. 229).

Desta forma, o trabalho penal não visa o lucro ou a formação de uma habitualidade para o trabalho, mas sim a constituição de uma relação de poder por um esquema de submissão individual e de ajustamento do preso a um aparelho de produção (FOUCAULT, 2009). A prisão é ao mesmo tempo local de vigilância e de conhecimento. Conhecimento do comportamento do homem encarcerado, de suas disposições profundas e de sua progressiva melhora. Assim a prisão também deve ser concebida como um local de formação para um saber clínico sobre os condenados. Para isso, é necessário que o homem preso seja mantido sob permanente olha, uma observação ininterrupta que permitirá inventariar sua vida.

A correção e a ressocialização constituem fins da prisão desde as casas de correção. Mais do que isso, o cárcere era – e ainda é – um elo importante do poder disciplinar, que corresponde a “um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem com função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrara para retirar e se apropriar ainda mais e melhor” (FOUCAULT, 2009, p. 164). Nas palavras de Foucault:

A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu próprio superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. [...] O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame. (FOUCAULT, 2009, p. 164)





Apesar da função disciplinar de construção de corpos dóceis ter, em certa medida, se mantido, a função declarada da prisão passou por consideráveis mudanças ao longo do tempo, em especial a partir do final do século XIX e início do século XX com a ascensão do positivismo que influenciou fortemente a criminologia.

A Escola Positivista buscou encontrar um complexo de causas na totalidade biológica e psicológica e na totalidade social que determina a vida do indivíduo. Um dos principais expoentes dessa corrente foi o antropólogo italiano Lombroso que sustentava um rígido determinismo biológico e sua antropologia foi posteriormente ampliada por Garofalo que acentuou aspectos psicológicos do comportamento humano e por Ferri que destacou a influência dos fatores sociais nas escolhas humanas.

Na medida em que o criminoso está determinado a cometer delitos por sua natureza, a pena promove a defesa da sociedade e, conseqüentemente, não apenas de forma repressiva, segregando e dissuadindo por meio da ameaça, mas atua principalmente de forma curativa e reeducativa (BARATTA, 2002, p. 40-41). De acordo com Andrade (2016, p. 48), a criminologia positivista é definida como uma ciência causal-explicativa da criminalidade que é concebida como um fenômeno natural. Lombroso sustentava que a causa do crime é identificada no próprio criminoso, partindo primeiramente do atavismo. De acordo com essa criminologia, o criminoso pode ser identificado por suas características biológicas, identificadas em sua estrutura corporal. Como bem destacam Carvalho e Duarte (2017, p. 39), para Lombroso “O Criminoso era o selvagem por atavismo, aquele que, em meio à civilização, comporta-se como um elemento exógeno próprio do passado ou de outras civilizações ‘atrasadas’”.

Assim, é estabelecida uma divisão aparentemente científica entre o submundo da criminalidade que é equiparada à marginalidade e composta por uma minoria de sujeitos potencialmente perigosos e anormais e o mundo decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade, uma verdadeira divisão entre o bem e o mal.



É esse potencial de periculosidade social que os positivistas identificaram com anormalidade e que por sua vez justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis, que consistem na recuperação do criminoso mediante a execução da pena assentada na ideologia do tratamento que impõe, por sua vez, o princípio da individualização da pena como meio hábil para a elaboração de juízos de prognose no ato de sentenciar (ANDRADE, 2016, p. 48).

A criminologia positivista exerceu forte influência na América Latina. As ideias evolucionistas e raciais eram sustentadas pela antropologia criminal. Para as classes dominantes latino-americanas essa antropologia seria a melhor explicação para justificar o surgimento dos resistentes à ordem. Conseqüentemente, essa criminologia cumpriu uma importante função ideológica, fundamentalmente porque esses países eram formados por diferentes grupos raciais (OLMO, 2004, p. 173). Acerca do acolhimento da criminologia positivista na América Latina, Rosa Del Olmo explica que:

Enfatizando diferenças físicas e mentais entre os delinquentes e não-delinquentes, a antropologia criminal teve imediatamente total acolhida. Correspondia ao racismo difundido na América Latina no final do século [XIX] para justificar as limitações desses países. As classes dominantes estavam percebendo a crescente distância entre o desempenho econômico de seus países e dos Estados Unidos e da Europa Ocidental, mas consideravam esse um fato inevitável devido à composição racial da população latino-americana. (OLMO, 2004, p. 173)

A criminologia na América Latina se ocuparia de todos aqueles que atentassem contra a ordem estabelecida, ou seja, ocupar-se-ia dos resistentes. Eram qualificados como delinquentes não somente índios, negros e chineses, mas também brancos revolucionários.



Ao se perceber que a raça branca, em especial migrantes europeus, também podia ser delinquente e perturbadora, o problema deixou de ser o elemento racial para se converter na periculosidade do indivíduo (OLMO, 2004, p. 179).

No Brasil, o Código Penal de 1940 foi fortemente influenciado pela criminologia positivista, principalmente aquela produzida nas últimas quatro décadas, que incorporou à lei a noção de periculosidade (RAUTER, 2003, p. 67). O crime, antes considerado a simples violação da lei, converte-se em uma manifestação da personalidade desviante do seu autor. Conseqüentemente, a “pena deve basear-se, mais do que na violação a um artigo do Código Penal, no estudo da personalidade do criminoso” (RAUTER, 2003, p. 27). Ainda de acordo com a autora, a articulação entre criminologia e o poder fica mais evidente, não ignorando, por óbvio, as relações deste último com a psicologia, a psiquiatria e a sociologia. A criminologia busca ser a ciência do sistema penal que dará respaldo técnico-científico ao Estado.

O Código de 1940 incorporou mudanças voltadas ao aumento do arbítrio e da restrição das liberdades individuais sob o manto do cientificismo neutro e apolítico. Dentre as principais inovações, Rauter (2003) aponta a introdução do critério de periculosidade para a aplicação da pena e o dispositivo da medida de segurança, baseados na ideia de tratamento, readaptação ou reforma do delinquente. As medidas de segurança não estavam atreladas aos inimputáveis por doença mental, como a previsão atual<sup>3</sup>. Referindo-se às medidas de segurança ao tempo da entrada em vigor do Código Penal de 1940, Rauter (2003, p. 71) ressalta que:

---

<sup>3</sup> Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.



A adoção das medidas de segurança representa a incorporação ao direito penal de um critério de julgamento que não se refere ao delito, mas a personalidade do criminoso. O julgamento do juiz refere-se a um tipo de anormalidade reconhecida no delinquente, a “periculosidade”. [...]. A noção de periculosidade não equivale exatamente a um diagnóstico psiquiátrico, mas os considerados doentes mentais são também vistos como perigosos, juntamente com os reincidentes, os condenados por crimes organizados e, o que é mais importante: todo e qualquer criminoso, desde que o juiz o avalie como virtual reincidente.

Como consequência, essas classes de criminosos eram submetidas a penas arbitrárias e prolongadas, com a justificativa de proteger a sociedade (defesa social). Na prática, pela forma que as medidas de segurança eram aplicadas, até mesmo pela inexistência de estabelecimentos prisionais específicos, a intenção prioritária era a vigilância e não o suposto tratamento. Desta forma, “com a adoção da medida de segurança ao lado das penas teremos na prática um aumento destas, sem nem sequer uma feição curativa, aumento este baseado no arbítrio do juiz, que julga finalmente sem lei” (RAUTER, 2003, p. 73).

Com a reforma do Código Penal de 1984 e com a Lei de Execuções Penais, promulgada no mesmo ano, houve uma mudança no discurso oficial, com a eliminação das medidas de segurança para os imputáveis. Deu-se uma separação entre os autores de condutas ilícitas imputáveis e inimputáveis e uma resposta jurídica diferente para cada um deles, pena ou medida de segurança, respectivamente. Isso decorreu de uma opção político criminal, posteriormente legitimada pela dogmática penal, “por fragmentar o sistema de reponsabilidade criminal em dois distintos discursos de fundamentação: sistema de culpabilidade (imputabilidade/pena) e sistema de periculosidade (inimputabilidade/medida



de segurança)” (CARVALHO, 2013, p. 501). Assim, tivemos o abandono, pelo menos no discurso oficial, da ideia de aplicação da pena para contenção da periculosidade, a qual ficou restrita aos inimputáveis. A pena passou a ter como principal foco a prevenção especial positiva, ou seja, a ressocialização do criminoso. Todavia, tem-se observado o ressuscitar do discurso de contenção da periculosidade por meio do cárcere, desta vez materializado em decisões judiciais e na aplicação de prisões cautelares.

### 3. PRISÃO CAUTELAR E O ENCARCERAMENTO DO PERIGOSO

As prisões cautelares podem ser decretadas no curso da investigação policial ou do processo e não têm relação direta com o crime imputado, mas se destinam a evitar embaraços eventualmente causados pelo acusado à regularidade da persecução penal. Atualmente, há duas espécies de prisões cautelares e uma espécie de prisão pré-cautelar previstas na legislação processual penal: a prisão temporária (Lei 7.960/89) que é decretada exclusivamente no curso da investigação policial e tem prazo de duração pré-determinado, que pode ser de até cinco dias, prorrogáveis por igual período, ou, em se tratando de crimes hediondos (Lei 8.072/89), trinta dias, também prorrogáveis por igual prazo; a prisão preventiva, prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal, que pode ser decretada durante o inquérito policial ou no curso do processo, mas cujo prazo não é fixado em lei; e a prisão em flagrante, (artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal), que permite a prisão do autor por qualquer agente policial e por qualquer outra pessoa do povo caso o autor se encontre em situação de flagrante delito<sup>4</sup>. Essa última espécie de prisão é considerada como uma prisão pré-cautelar, pois o sujeito somente será mantido preso no caso de

---

<sup>4</sup> “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”



conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva pelo magistrado por ocasião da audiência de custódia.

A prisão preventiva é responsável por expressiva parte da população carcerária brasileira. De acordo com o último levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional<sup>5</sup> (DEPEN) em 2016, foi constatado o número total de 726.712 pessoas presas no país, das quais 40% estão recolhidas cautelarmente. É importante destacar que do início da década de 1990 até 2016, o Brasil apresentou um aumento carcerário de 707% (LEVANTAMENTO..., 2016) causado, em grande medida, por decretos de prisão preventiva.

Um aspecto que deve ser levado em consideração é que o número de pessoas presas, segundo o relatório Infopen, não corresponde ao número real de pessoas encarceradas, já que esses dados compõem uma fotografia do sistema penitenciário em junho de 2016, não computando quem entrou ou saiu da prisão no período compreendido entre os dois últimos levantamentos. Em outras palavras, o levantamento de 2016 foi precedido por outro de 2014, e nesse interstício uma quantidade relevante de pessoas ingressou e saiu dos presídios - principalmente em decorrência de prisões cautelares - sem que tenham sido computadas nos dados oficiais, ou seja, o número de pessoas encarceradas é seguramente superior ao daquelas que se encontravam recolhidas em junho de 2016.

Não é demais afirmar que a espécie de prisão cautelar que mais impacta a população carcerária é a preventiva. Dentre suas hipóteses de cabimento, previstas no artigo 312<sup>6</sup> do Código de Processo Penal, um número significativo destas prisões tem como fundamento a necessidade de garantir a ordem pública. O fundamento da “garantia da ordem pública” é semanticamente indeterminado, e confere ao juiz ampla discricionariedade na decretação da

---

<sup>5</sup> O Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN) data de junho de 2016, sendo elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça.

<sup>6</sup> “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.”





prisão. Constitui uma expressão legal cujo conteúdo e extensão são largamente incertos. A “ordem pública”, segundo a classificação de Karl Engisch (2001), seria mais do que um termo indeterminado. Corresponde, na verdade, a um conceito normativo. Para este autor, conceitos indeterminados são, em certo sentido, normativos, com frequência “indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei” (ENGISCH, 2001, p. 210).

Essa abertura conceitual confere ao juiz um vasto leque de argumentos para fundamentar a prisão preventiva, e que inclui juízos valorativos sobre situações fáticas como elementos que compõem ou integram o significado da fórmula “ordem pública”. Nesse exercício interpretativo, a jurisprudência das cortes brasileiras – inclusive a do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – tem encontrado na *periculosidade* do investigado ou réu o fundamento para a imposição da prisão preventiva. Um atributo – o de perigoso – muito invocado para justificar a contenção do acusado ao longo de todo o processo.

### 3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DISCURSO DE CONTENÇÃO DOS SUJEITOS PERIGOSOS

O STJ consolidou o entendimento de que a periculosidade do investigado ou acusado é justificativa suficiente para a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, e pode ser identificada em diversas infrações penais, a despeito do bem jurídico tutelado (crimes contra o patrimônio, crimes previstos na Lei de Drogas<sup>7</sup>, crimes contra a administração pública, crimes contra a pessoa, etc).

O conteúdo dessas decisões afirma claramente que a prisão cautelar tem a finalidade de proteger a sociedade de sujeitos perigosos que, caso permaneçam em liberdade,

---

<sup>7</sup> Lei nº 11.343/2006.



reiterarão a prática de delitos. Importante destacar que grande parte da população carcerária no Brasil está presa por acusações que envolvem crimes patrimoniais - muitos dos quais cometidos sem o emprego de violência ou grave ameaça - e tráfico de drogas. De acordo com o já mencionado Levantamento do DEPEN, pelo menos 26% dos presos estão sendo processados ou já foram condenados por crime de tráfico de drogas, 26% por roubo, 12% por furto, 3% por receptação, o que perfaz o total de 67% das incidências penais no sistema carcerário (LEVANTAMENTO..., 2016). No caso do tráfico de drogas, a garantia da ordem pública é muito comumente justificada na periculosidade do agente com base na quantidade de substância ilícita apreendida. Há vários precedentes do STJ nesse sentido:

Na hipótese, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, considerando, sobretudo, a apreensão, no interior da residência do acusado, de considerável quantidade de droga - cerca de 800 gramas de maconha - além de uma espécie de estufa, em que o recorrente cultivava dois pés de maconha, com mais de 1 metro de altura, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública. (STJ, RHC 105.185/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018)

Ausente constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está justificada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade efetiva do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que cometido o delito.



5. No caso, a quantidade da droga localizada em poder do paciente é fator que, somado à apreensão de apetrechos comumente utilizados para comercialização dos estupefacientes e à confissão espontânea do acusado, revelam maior envolvimento com a narcotraficância, autorizando a prisão preventiva. (STJ, HC 461.758/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)

Interessante observar que neste último caso, até mesmo a confissão espontânea - prevista como atenuante da pena no artigo 65, III, d, do Código Penal - foi invocada como elemento para demonstrar a periculosidade do acusado. Em outros casos, a garantia da ordem pública a partir da periculosidade do agente tem sido identificada nos antecedentes do réu, assim considerados os inquéritos policiais e ações penais em curso, além de condenações com ou sem trânsito em julgado. Essas decisões incorrem em uma contradição, pois o próprio STJ já sumulou o entendimento de que inquéritos policiais e processos em andamento não podem ser tomados como antecedentes para efeito de exasperação da pena base (Súmula 444). Uma interpretação consagrada em diversos julgados da corte, como bem se infere das ementas transcritas abaixo:

Embora inidôneos para fundamentar, em juízo definitivo, o aumento da pena-base a título de Maus Antecedentes (Súmula n.º 444 do STJ), registros criminais anteriores, anotações de atos infracionais, inquéritos e ações penais em curso, e condenações ainda não transitadas em julgado são elementos que podem ser utilizados para amparar eventual juízo concreto e cautelar de risco de reiteração



delitiva, de modo a justificar a necessidade e adequação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

6. "Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição se encontra justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva da infração e o risco concreto de reiteração criminosa, indicando que providências mais brandas não seriam suficientes para garantir a ordem pública. (STJ), RHC 100.793/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 23/10/2018)

Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade. (STJ), HC 460.985/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 16/10/2018)

Outro argumento muito comum nesses casos é a verificação da periculosidade pelo *modus operandi*. Isso nada mais é do que justificar a periculosidade do agente pela gravidade do crime, mais especificamente pelas circunstâncias concretas de sua execução. Os fatos descritos na denúncia do Ministério Público são invocados pelo juiz como manifestação da brutalidade e crueldade do acusado, ou como expressão de sua frieza e egoísmo<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ver também: RHC 100495 / PB; HC 386046 / BA; HC 551189 / MG; RHC 88295 / AL, entre outras.



RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER E COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. QUESTÃO SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. NOVO TÍTULO. PERICULOSIDADE DO RÉU. MODUS OPERANDI DA AÇÃO DELITUOSA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Segundo o entendimento desta Corte, a alegação de nulidades porventura existentes na prisão em flagrante fica superada com a conversão do flagrante em prisão preventiva, tendo em vista que constitui novo título a justificar a privação da Liberdade (HC n. 429.366/PR, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 16/11/2018).

2. **A constrição cautelar encontra-se amparada em elementos concretos apontados pelas instâncias ordinárias**, em especial a periculosidade do paciente e a gravidade do delito - evidenciadas pelo modus operandi do crime, qual seja, homicídio de uma criança de apenas 9 anos de idade, mediante estrangulamento (mata leão) - cuja **crudeldade exsurge pela premeditação, frieza**, dissimulação e pelo intenso sofrimento causado à vítima, circunstâncias essas que demonstram a necessidade premente de resguardar a ordem pública.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis não possuem o condão de, por si sós, conduzir à revogação da prisão preventiva. 4.

Concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da prisão preventiva, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.



(RHC 93.880/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

Tem-se como válida a medida extrema para garantir a ordem pública quando, à vista do modus operandi do crime, ficar evidenciada sua anormal periculosidade e, portanto, o risco de praticar novos ilícitos. O Juiz de primeiro grau destacou a gravidade concreta do homicídio, uma vez que o réu, em tese, desferiu três facadas contra o ofendido, do qual se aproximou depois de dizer que não estava armado. Depois disso, o suspeito ainda ameaçou outra pessoa. (STJ, RHC 104.290/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 03/12/2018) (grifos nosso)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PLEITO DE CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ARTIGO 318 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Apresentada fundamentação concreta para **a decretação da prisão preventiva, explicitado na periculosidade do acusado, consistente na forma como foi praticado o crime, pelo qual restou pronunciado, pois, como bem asseverado pelo magistrado de piso, a brutalidade com que praticada a ação criminosa**, bem como a forma como esta foi arquitetada toma imperiosa uma ação efetiva do Estado para fazer cessar de uma vez crimes desta natureza. O crime





realmente chocou a comunidade por conta do modo clandestino em que praticado e, agora, porque desvendado que originado por conta de uma disputa judicial.

Demonstram os réus, com isso, que não possuem respeito com as instituições públicas, a ponto de não conseguir assimilar uma derrota em ação judicial e tomar uma atitude com as próprias mãos; o que constitui base empírica idônea à decretação e manutenção da mais gravosa cautelar penal dada a gravidade concreta da conduta, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Para a concessão de prisão domiciliar devem ser comprovados algum dos requisitos do artigo 318 do CPP, o que não é caso dos autos em que, ao contrário do alegado pela defesa, o acusado não é indispensável ao sustento da família, uma vez que sua esposa é empresária e ainda conta com a ajuda do filho do casal que foi beneficiado com a liberdade em face de sua impronúncia pelo que não há que se falar em aplicação do art. 318, incisos III ou VI do CPP.

3. Habeas corpus denegado.

(STJ, HC 402.003/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017) (grifo nosso)

Essas são apenas algumas das inúmeras decisões do STJ nas quais foi reiterada a possibilidade de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública a partir do exame da periculosidade do agente. Interessa, aqui – a despeito de toda a controvérsia em torno desse fundamento legal – a reflexão crítica sobre um aspecto específico desse debate:



a lógica da prisão preventiva empregada como meio de contenção do indivíduo considerado perigoso.

#### **4. RETORNO AO DISCURSO DE DEFESA SOCIAL: FINS DECLARADOS E OCULTOS**

Percebe-se nas decisões do STJ o discurso de contenção do indivíduo perigoso, um reforço às ideias de defesa social que inspiraram a legislação penal brasileira (Código Penal e Código de Processo Penal) na década de 1940. Até a reforma da parte geral do Código Penal, vigoravam longas penas oriundas da aplicação cumulada de pena privativa de liberdade e medidas de segurança. Atualmente, vê-se longas prisões preventivas, cumpridas muitas vezes desde o início da persecução penal, sob a mesma justificativa de conter sujeitos tidos como perigosos, criminosos natos que continuarão delinquir enquanto permanecerem em liberdade.

Ao longo dos anos, o Brasil adotou diferentes discursos para justificar o cárcere. Com o Código de 1940 defendia-se o tratamento do perigoso a partir do ideal cientificista da criminologia positivista, em seguida, com a Lei de Execução e a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, a ressocialização do preso por meio do trabalho e agora com as decisões do Judiciário, em especial do STJ, vislumbra-se um gradual retorno ao discurso perigosista, mas aparentemente não defendendo o tratamento do preso, mas sim sua simples contenção.

O fim de contenção já era evidenciado desde 1940, como já explicado, na medida em que nunca houve estabelecimentos voltados para o tratamento de presos perigosos, os quais deveriam ser uma instituição intermediária entre presídios e hospitais de custódia, e assim as penas não passavam de longos encarceramentos voltados a vigilância e contenção. De certa forma, o mesmo ocorre nos dias de hoje com as prisões preventivas, mas sem ao menos justificar as prisões na necessidade de tratamento, simplesmente afirmando que aqueles que



representam um risco a sociedade (ordem pública) precisam ser contidos, pois, como criminosos natos que são, em liberdade continuarão a praticar crimes e macular a sociedade.

Hoje, a periculosidade não é mais identificada pelas características físicas, não se tem mais o inimigo Garofaliano, como assim chamou Zaffaroni (2007), o delinquente não possui a estampa do crime marcada na sua pele ou no seu corpo. Atualmente, vislumbram-se outros critérios de identificação do criminoso, muitas vezes ligados apenas ao tipo de crime que está respondendo, como no caso de tráfico de drogas, em que a simples alusão à quantidade da droga apreendida é suficiente para marcar o sujeito como perigoso e criminoso contumaz, ou ainda nos casos de crimes que causam repulsa de acordo com o juízo de valor completamente subjetivo do julgador.

Por vezes, a simples descrição da conduta narrada na denúncia é suficiente para alegar periculosidade, pois afirmar que “o réu, em tese, desferiu três facadas contra o ofendido, o qual se aproximou depois de dizer que não estava armado” (STJ, RHC 104.290/PA), nada mais é do que descrever um homicídio qualificado. O STJ entende que essa simples narrativa é suficiente para evidenciar “sua anormal periculosidade e, portanto, o risco de praticar novos ilícitos” (STJ, RHC 104.290/PA).

A criminologia positivista sempre utilizou o discurso de contenção e defesa social. A sociedade precisava ser defendida dos criminosos natos. Apesar do discurso de defesa social, a criminologia positivista já correspondia a um discurso de legitimação do poder. A prisão já tinha a missão de segregação dos indesejáveis e dos ditos criminosos natos e degenerados que deveriam ser contidos e tratados, contudo sempre com uma finalidade oculta de reprodução do sistema de classes para docilizar os rebeldes. Ao tratar dos fins declarados, em especial o fim de tratamento, e os fins ocultos da criminologia positivista, Castro (2005, p. 49) indaga:

Mas será que o tratamento realmente fracassou? Fracassaram, talvez, os fins explícitos da prisão e tratamento. Não fracassou na medida em



que tanto o cárcere – repressão pura – como o tratamento – repressão ideologizada – lograram cumprir seus fins implícitos: reproduzir o sistema de classes e deixar a classe hegemônica de mãos livres para realizar seus objetivos através da racionalidade do mercado; ratificar as teorias do senso comum, as quais, ao separar as classes delinquentes das classes não delinquentes, consolidam a estratificação.

O discurso declarado vem sofrendo um processo de transição, na medida em que há clara contradição entre os fins de prisão declarados na lei e as decretações de prisões cautelares. De acordo com o Código Penal, a pena deve ser aplicada para fins de retribuição e prevenção (artigo 59, CP). A execução da pena, por sua vez, tem seu foco na prevenção especial positiva, ou seja, ressocialização, como disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal<sup>9</sup>. Em contrapartida, as prisões cautelares têm a finalidade declarada de retirar o indivíduo considerado perigoso da sociedade para evitar que este continue a delinquir, tendo em vista sua personalidade que tende para o crime.

Assim, tem-se a clara contradição, pois durante o processo (ou o inquérito) o sujeito é preso sob justificativa de defesa social, proteger a comunidade do sujeito perigoso que irá praticar crimes futuros, contudo, após sua condenação definitiva, a mesma prisão se converte em necessidade de reeducação e ressocialização para que o sujeito possa ser reintegrado à sociedade. A prisão pena não possui fins de contenção do sujeito perigoso, enquanto que a prisão cautelar expressamente o tem.

Apesar da aparente contradição entre os fins declarados da prisão, os fins ocultos continuam, pois da mesma forma que a criminologia positivista defendia o contenção do

---

<sup>9</sup> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.



criminoso nato para tratá-lo e atuava de forma oculta ao identificar o suposto criminoso por natureza, as prisões cautelares também possuem seus fins ocultos, seja a manutenção da estratificação social, a sua utilização para dar respostas a sociedade em boa medida influenciada pelos meios de comunicação. A prisão cautelar, a partir do discurso de contenção da periculosidade, atua também e principalmente como forma de contenção do excesso perigoso. De acordo com De Giorgi (2006), as alterações dos processos de transformação da produção – transição do fordismo para o pós-fordismo - acarretaram mudanças nas estratégias de controle.

De acordo com o autor, “‘pós’ indica sempre um processo de transição ‘daquilo que não é mais’ para ‘aquilo que ainda não é’”, desta forma “pós-fordismo é um termo que alude mais a determinadas tendências e ao espaço indefinido que se estende entre o ‘não mais’ e o ‘não ainda’, do que à consolidação de um paradigma claramente definível” (DE GIORGI, 2006, p. 63). O termo pós-fordismo é utilizado para descrever processos de transformação do trabalho e da produção que, especialmente no curso da década de 1990, situaram-se no centro do debate político-intelectual amadurecido no âmbito do marxismo neo-obrerista italiano.

Encontra-se, pois, em andamento um processo de transformação global da economia que sanciona o esgotamento do modelo industrial fordista e projeta, ao mesmo tempo, uma configuração de toda inédita das relações de produção. Essa nova articulação envolve, simultaneamente, os diversos planos em torno dos quais se desenvolveu o sistema capitalista ocidental a partir do segundo pós-guerra. (DE GIORGI, 2006, p. 64)

No que diz respeito aos sistemas produtivos, consuma-se a progressiva explosão do paradigma taylorista de organização do trabalho, ou seja, a grande fábrica começa a



desaparecer do horizonte da metrópole pós-moderna. Por outro lado, consoma-se a crise da estratégia fordista de regulação da dinâmica salarial, isto é:

[...] rompe-se o círculo virtuoso que, durante boa parte do século XX, permitiu manter em conjunto o rendimento operário, a produtividade social e o consumo de massa. A tudo isso se acrescenta, *the last but not the least*, um processo de revisão radical das políticas keynesianas de apoio à despesa pública e de intervenção pública na economia, que permitiam manter ou restabelecer, periodicamente, os precários equilíbrios das economias capitalistas ocidentais (DE GIORGI, 2006, p. 64).

O autor se atém a dois aspectos das transformações em curso, aos quais ele chama de quantitativo e qualitativo. O primeiro diz respeito à progressiva redução do nível de emprego da força de trabalho e a consequente drástica diminuição da demanda de trabalho vivo, enquanto que o segundo se refere às mudanças ocorridas nas formas da produção, na composição da força de trabalho, nos processos de constituição das subjetividades produtivas e nas dinâmicas de valorização capitalista em que elas estão imersas.

A interação entre os aspectos quantitativo e qualitativo permite descrever a transição do fordismo para o pós-fordismo, a passagem de um regime caracterizado pela carência e o desenvolvimento de um conjunto de estratégias voltadas para a disciplina desta carência, para um regime de produtividade definido pelo excesso e pela emergência de estratégias voltadas para o controle do excesso.

A economia pós-fordista depende cada vez menos da quantidade de força de trabalho diretamente empregada no processo produtivo. A introdução de novas tecnologias diminuiu o *quantum* do trabalho vivo necessário à valorização do capital, até reduzi-lo a um mínimo. Setores inteiros da produção começam a apoiar-se em marcadores não regulados e





muitas vezes no limite da legalidade, em que domina o trabalho intermitente, temporário e flexível às exigências das empresas.

Hoje, “o que temos costume de chamar de ‘desemprego’ não corresponde mais à falta de *trabalho*, mas sim de *emprego*, se por emprego entendermos um conjunto de seguranças [...] do qual o pós-fordismo expropriou a totalidade da força de trabalho contemporânea” (DE GIORGI, 2006, p. 68). Esses são os primeiros contornos daquilo que o autor chama de regime de excesso e, nesse sentido, excesso significa que a dinâmica produtiva contemporânea excede continuamente os dispositivos institucionais de atribuição, reconhecimento e garantia da cidadania social, a qual é profundamente ligada ao conceito fordista de emprego.

É preciso observar, como nos lembra De Giorgi (2006), que o desenvolvimento histórico do capitalismo industrial fordista precisou de aparatos de governo da população e de dispositivos de controle social que permitam elevar ao nível das relações de produção uma força de trabalho carente, inadequada e relutante. A partir desse contexto, o autor reflete acerca do papel da prisão, dos seus fins não declarados:

Vimos, a propósito do papel exercido pela prisão na produção do proletariado, que eram carências, as insuficiências, além da rebelião da força de trabalho, que se procurava controlar, sob o manto da cooperação produtiva, do autocontrole dos indivíduos, da capacidade de inserção no processo produtivo. Nesse mesmo cenário se inscrevia também a lógica profundamente disciplinar do *Welfare State*, que permeava todas as instituições sociais, em primeiro lugar a prisão. (DE GIORGI, 2006, p. 70)

De acordo com o autor, esse tipo de dispositivo disciplinar cai por terra e é o capital que se mostra carente em relação à força de trabalho tornada flexível, nômade e móvel. Assim “a multidão produtiva excede as relações de produção capitalistas no momento em que vive



diretamente a inadequação do conceito de trabalho-emprego e experimenta em si mesma a violenta negação dos direitos de cidadania provocada por esta inadequação” (DE GIORGI, 2006, p. 70).

Nesse contexto, o autor fala em excesso negativo que evidencia os efeitos da exclusão, da violência do poder e do controle que este excesso determina sobre a força de trabalho, bem como evidencia o fato de que, neste processo, o domínio do capital resulta potencialmente negado. Assim, fica evidenciado que:

A passagem do fordismo ao pós-fordismo se entrecruza, assim, com o progressivo esgotamento de uma soberania estatal definida como complexo de estratégias de normalização disciplinar da classe operária e com a emergência de um domínio imperial construído com base no controle biopolítico da multidão. Todavia, esse controle “biopolítico” coloca-se num plano totalmente externo às determinações singulares da força de trabalho social, inscrevendo-se num domínio capitalista reduzido a puro comando. É aqui que se determina a separação radical entre biopolítica e disciplinaridade (DE GIORGI, 2006, p. 81)

Este excesso, chamado pelo autor de excesso negativo, corresponde a um conjunto de subjetividades que acentuam a contradição entre uma cidadania social ainda baseada no trabalho e uma esfera produtiva que cada vez tem menos necessidade de trabalho vivo. O excesso positivo, por sua vez, corresponde a um conjunto de subjetividades que excedem a racionalidade capitalista porque tornam mais aguda a contradição entre uma potencialidade produtiva ilimitada e cooperativa e um arranjo das relações de produção que cria obstáculos à autonomia do comando capitalista, impondo às relações de produção uma valorização baseada na competição.



Com o pós-fordismo, podemos ver uma nova racionalidade do controle que inspira o experimento carcerário e o conceito qualificante desta nova racionalidade é o de risco. Ainda nesse sentido, as estratégias penais se caracterizam como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadores desse risco, ou seja, o aprisionamento dos indivíduos tidos como perigosos, corresponde na verdade a gestão, em nível populacional, de uma carga de risco que não se pode reduzir. Por conseguinte, pode-se afirmar que essa racionalidade não é disciplinar, mas sim atuarial (DE GIORGI, 2006).

A lógica atuarial diz respeito às estratégias de controle voltadas à gestão de determinados grupos para os quais a vigilância, a incapacitação e a intimidação se destinam, ou seja, “o indivíduo, o sujeito desviado como ‘caso’, só tem relevância enquanto for possível classificá-lo numa categoria, com base numa valoração probabilística e estatística de risco” (ANITUA, 2015, p. 815). O sistema penal assume uma função gerencial, pois se torna mecanismo de gestão dos grupos de risco, por meio de instrumentos que vão desde o confinamento em cárceres de simples custódia, até sistemas de monitoramento eletrônico, novas formas de vigilância. Deste modo, “pretende-se, com isso, reduzir os danos e afastar a ideia do perigo, sem comprometer-se com nenhuma proposta de um futuro melhor, sem delitos nem castigos” (ANITUA, 2015, p. 815).

Por esta racionalidade, a população carcerária passa a ser recrutada a partir da identificação (invenção) das classes de sujeitos consideradas produtoras do risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. No Brasil, pelos dados da população carcerária, pode-se afirmar que uma dessas classes – talvez a principal – é a dos pobres moradores das periferias dos centros urbanos. De acordo com De Giorgi (2006, p. 98-99):

Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas aqueles indícios de probabilidade que



permitted to reconduct certain subjects to specific dangerous classes. This means, concretely, that entire categories of individuals leave virtually to commit crimes to become, themselves, crime. [...]. Consequently, the concreteness of the individual, the real modulations of social interaction, are substituted by probabilistic representations based on the statistical production of class, simulacra of the real: clandestine immigrants, afro-americanos do gueto, toxic-dependent, unemployed.

In Brazil, preventive detentions are an important instrument for this risk management. Preventive detention, in current molds, contributed considerably to the containment of excess, as it does not even need any justification of treatment or resocialization for incarceration, in the measure in which what justifies it is a pure and simple containment of dangerous subjects, which are imprisoned for having been selected by the penal system in large part for belonging to a specific social layer. The function of containment is no longer in the lines, the imprisonment of the dangerous is not present only as a hidden purpose of detention. The discourse evidenced in the decisions of the STJ unveils the logic of containment of dangerousness as the function of detention, especially of preventive detention for the guarantee of public order.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Detention always had declared purposes and parallelly to them many authors indicate hidden purposes of detention, true objectives dissimulated. In truth, detention little changed over the centuries, despite the oscillations in its declared purposes. In Brazil, with the publication of the Penal Code of 1940, it is defined as the main purpose of detention the containment of



sujeitos perigosos para tratamento, passando para o ideal de ressocialização voltada a reintegração do sujeito a sociedade.

Atualmente, por meio das prisões cautelares, em especial a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, constata-se uma nova função declarada da prisão, a qual consiste na simples e pura contenção, desvinculada de qualquer ideia de tratamento ou ressocialização.

Os fins ocultos da prisão não deixaram de existir, porém estas também sofreram alterações, na medida em que ao tempo de seu surgimento, a prisão tinha como principal objetivo moldar as subjetividades para normalizá-las a partir do meio de produção capitalista vigente naquele momento. Existia a carência de mão obra e a prisão, ao lado de outros dispositivos disciplinares, objetivava suprir essa carência.

Na transição do fordismo para o pós-fordismo dá-se o fim dessas carências e a consolidação do excesso, que precisa ser contido e uma das formas de contê-lo é por meio da prisão, a qual não precisa mais ter funções de tratamento, ressocialização ou mesmo de construção de subjetividades, bastando afastar o indivíduo do meio social.

Vê-se, porém, que a prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando justificada em fins de contenção do sujeito perigoso, ancora a periculosidade que se declara querer conter no indivíduo, quando, na verdade, pelo que a construção teórica apresentada indica, o objetivo dessas prisões, seguindo uma lógica atuarial, seria a contenção de classes perigosas, ou seja, são mecanismos de gestão populacional.

Os perigosos são os indivíduos, mas não por sua personalidade ou por suas características biológicas, mas sim por pertencerem a determinadas classes tidas como perigosas, classes que excedem as necessidades do capitalismo, hoje correspondendo a verdadeiro império e não mais apenas uma economia transnacional.

Pelas decisões do STJ, parece estar claro que o Judiciário brasileiro já consolidou a contenção de indivíduos tidos como perigosos como uma das finalidades da prisão, em



especial a cautelar. Não se pode afirmar que essa é a única ou a principal finalidade da prisão. Na verdade, há uma contradição entre os fins declarados pela legislação e os fins declarados pelo Judiciário ao tempo da decretação das prisões preventivas, o que pode significar uma gradual transição de fins declarados ou apenas mais uma acumulação de funções aparentemente contraditórias.

Em contrapartida, as prisões cautelares ainda mantêm suas finalidades ocultas, porém parece inegável que houve uma aproximação entre os fins declarados e os fins ocultados da prisão, na medida em que se admite que as prisões cautelares têm como objetivo a contenção da periculosidade. A prisão preventiva no Brasil contribuiu de forma considerável para o aumento do encarceramento, principalmente a contar da década de 1990 até os dias atuais, bem como o percentual de presos cautelares. Embora não se possa afirmar quais são as futuras implicações dessa transição de finalidades declaradas e ocultas, é certo que a relegitimação do cárcere pelo Judiciário constitui um sinal de que a população carcerária brasileira continuará a crescer.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BANCO, nacional de monitoramento de prisões – CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>.





BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_ e DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do Preconceito**: Racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. 36 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEVANTAMENTO, nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, 2016. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016>, acessado em 20/10/2018.

OLMO, Rosa del. **América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.