



Matheus Chiocheta: A prisão antecipada sob uma ótica utilitarista

1. Introdução

As circunstâncias de nossa época, momento em que a operação "lava jato" toma ares de *magnum opus* investigativo — como fosse única investigação em curso —, fazem com que o diálogo sobre o princípio da *presunção de inocência* seja contaminado por orientações políticas, nem sempre muito claras, na ocasião em que o debate em torno da execução antecipada da pena é processado em casos específicos, como no julgamento do Habeas Corpus 152.752, e não no contexto ideal, é dizer, nas devidas ações abstratas de controle de constitucionalidade, materializadas através das ADCs 43 e 44.

Não obstante os desvios oculares que roubam do tema a sua real importância, o estudo sobre os reflexos da execução antecipada da pena passa, obrigatoriamente, pela *presunção de inocência*. A razão disso repousa na constatação de que a aceitação da antecipação executória antes do *trânsito em julgado* (forte, por último, no precedente HC 126.292) implica no reconhecimento da erosão do citado princípio, consagrado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal — assim, antes mesmo de exauridas todas as possibilidades procedimentais à disposição do acusado (*ampla defesa*), este não mais seria considerado inocente, passando a ser considerado culpado tão logo encerrada relevante fase probatória, de instrução (o acusado, antes protegido pela sua inocência presumida, tem a *formação da sua culpa antecipada* para instante exatamente posterior ao fim da *jurisdição ordinária*).

Para além das óbvias considerações basilares sobre os princípios consagrados do Direito Penal, o presente artigo se propõe a analisar o fato sob outro prisma, através de uma base que oferece uma proposta viável para a formulação de outra hipótese, que serve para afirmar o princípio democrático constitucional sobre qualquer entendimento pretoriano que assinale em sentido contrário.

2. O discurso balizado pela situação penitenciária nacional

É de conhecimento comum que a situação do sistema penitenciário brasileiro, em aspectos gerais, não dispõe de condições humanitárias mínimas, o que não consiste em uma novidade^[1]. Mais: além das inúmeras violações sobre o que há de mais básico referente a direitos humanos, a precariedade do sistema dá ensejo a ações e indenizações postuladas pelos particulares (leia-se: seres humanos submetidos às condições mais abjetas quanto inimagináveis promovidas pela indumentária penitencial) contra o ente público^[2]. É dizer: nossas penitenciárias dão margem a um outro *custo*, multiplicado este por um numeral desconhecido, que deve ser suportado pelo Estado — não se está a falar do custo do *apenado* para o *sistema*, mas dos reflexos da má gestão *deste* (sistema) sobre *aquele* (apenado). Por certo, este custo suportado em razão do pleito dos particulares é ínfimo se comparado às condições a que foram submetidos.

Não bastante, o custo operacional atinge, *per si*, cifras altíssimas, em razão das dificuldades na manutenção desse aparato — e não estamos a tratar sobre outros custos, *invisíveis*, como aqueles oriundos das sanções impostas ao Estado brasileiro, e demais reflexos sociais e de política transnacional que, ora ou outra, afetam o sistema econômico.

Argumentos em defesa da execução antecipada da pena devem levar em conta a direta consequência disso: o aumento da população penitenciária. O *processo* para o cumprimento da pena é *agilizado*, e o



condenado, mesmo dispondo de mecanismos processuais para irredimível-se contra decisão condenatória, poderá desde logo ser encaminhado a uma prisão, para iniciar o regular cumprimento da pena sobre si imposta.

Em sendo essa a posição adotada, de uma só vez estar-se-ia optando por uma *solução* falsa para a redução dos índices de criminalidade (o crime e as suas estruturas apenas se fortalecem em um ambiente bélico e degradado) e, ao mesmo tempo, onerando mais ainda o poder público e a sociedade (pela necessária destinação de recursos públicos para o sustento de um sistema caro e falido). Atualmente, a garantia de *prisão* a um condenado não mais guarda relação com o não cometimento de crimes por sua parte — essa ideia, pelo contrário, apenas serve para legitimar ilícitos mais graves, de Estado.

Concluir no sentido antecipatório da pena é dar subsídios para uma situação desumana e ir na contramão daquilo que se pode observar em um quadro global: nos Estados Unidos, 1) a crescente consciência pública do fracasso da orientação político-criminal, que enxerga no aumento da punitividade e no recurso generalizado à prisão as principais respostas ao crime — passa-se a enxergar a prisão mais como causa de problemas do que solução —, e 2) a imposição de restrições fiscais e preocupações quanto ao custo do sistema penal^[3] são dois dos fatores que levaram a uma contração da população penitenciária naquele país; ao mesmo tempo, a Espanha aliou um princípio econômico (*infra* tratado) às denominadas *back door strategies*^[4], o que serviu como base para um processo de contração dos seus números penitenciários.

Negar a preocupação com o sistema penitenciário, por uma descrença na pena enquanto instituto *ressocializador*, é deslegitimar qualquer discurso em prol da antecipação da execução da pena.

Esse e outros fatores servem como resposta a uma análise utilitarista, que toma corpo em momentos de arrefecimento econômico e, conseqüentemente, de premente *racionalização dos gastos públicos*. Ao construir seu arquétipo, os estudiosos afeitos à Análise Econômica do Direito (AED) por muitas vezes olvidam-se de um elemento fundamental para sua análise: o *princípio da escassez de recursos* (e é na súplica por um maior punitivismo onde melhor se nota esse descuido). A *racionalidade de mercado* no âmbito das políticas criminais desatendeu a esse princípio, visto que a evolução do sistema penal de muitos países caracterizou-se por uma expansão sustentada em uma elasticidade de aparência ilimitada dos recursos públicos, dado o crescimento da população penitenciária^[5].

3. O fundamento para a deterioração do sistema penal e o ponto inicial para uma reafirmação da presunção de inocência: expansionismo punitivo

Como se percebe, até mesmo o expansionismo punitivo ambicioso dos Estados Unidos confrontou-se com os limites orçamentários de seu desenvolvimento. Recentemente, também se enfrentou uma *crise de legitimidade dos tradicionais processos de criminalização*, contemplada desde a perspectiva do debate sobre o dano social (*Sozialschädlichkeit*), razão porque de deve refletir sobre o sentido de um sistema penal orientado a perseguir e punir comportamentos que causam *dano social* limitado, no momento em que a *crise institucional* é deflagrada por condutas causadoras de grandes lesões.



A austeridade econômica e a necessidade de pensar nos gastos públicos facilitam a penetração do conceito de *escassez* no sistema penal, o que impulsiona a discussão sobre o que é realmente essencial para efeitos de enfrentamento quanto às necessidades e aos problemas coletivos. Neste ponto, a análise crítica não deve temer a semântica econômica.

O próprio economista neoclássico Gary Becker conclui que, em determinados casos, a criminalização é ineficiente em termos de custos e, como consequência, uma sociedade deve assumir certos níveis de impunidade[6]. Esse utilitarismo radical oferece uma perspectiva menos mal-intencionada do que algumas *distopias* surgidas nas últimas décadas, e é contrário ao argumento de que inclusive os pequenos delitos devem ser rigorosamente acompanhados e punidos.

Aclara-se. Não ciente da escassez dos seus recursos, um Estado que se faz dilargadamente punitivista, através da sua política criminal (e mais), apenas contribui com a piora do seu sistema penitenciário e com o aumento dos custos para a própria sociedade (quanto maior o expansionismo punitivo — mais previsões típicas, mais condutas ilícitas —, maior a alocação de recursos no *enforcement*). A necessidade de se racionalizar a aplicação das verbas públicas demanda que o Estado busque saídas para promover uma contração do seu aparato punitivo, também como forma de reduzir os seus custos.

Sem desconhecer do fundamento antropocêntrico que deu origem ao princípio da *presunção de inocência*, este pode ser interpretado, para os objetivos desta análise, como um mecanismo para a reafirmação das próprias aspirações orçamentárias do Estado, pois conscientizador se visto pela ótica do *princípio da escassez*.

4. Desvelando as últimas fraquezas do discurso

Em muitos momentos, se usa o argumento de que o *combate ao crime passa pela criação de políticas públicas que ofertem alternativas lucrativas para que o indivíduo possa alocar o seu tempo em atividades lícitas*[7]. Cabe salientar, no entanto, que a criminalidade complexa e organizada, que é a que hoje com mais vigor se combate, muitas vezes é engendrada e perpetrada por meio e através de atividades lícitas em sua origem (a constituição e o funcionamento de uma sociedade anônima, por exemplo, não caracteriza *a priori* qualquer tipo de ilícito — estrutura perfeita para se levar a cabo engenharia criminosas).

Permitindo-se outro referencial, uma das motivações para o cometimento de ilícitos é o seio de uma insustentável relação deste organismo privado com outro, seja ele órgão, instituição, agente social, poder público ou ainda outra pessoa privada (por exemplo, é no *trade off* entre o pagamento de um elevado tributo e a manutenção do mínimo existencial para o sustento *do mês* do seu negócio em que se situa o pequeno empresário). Nota-se, pois, que o crime não é uma carreira, mas uma necessidade ou, em outras espécies de casos, uma oportunidade.

Outro equívoco que não pode incidir aquele que argumenta em favor da execução antecipada da pena é o de destacar para a análise, isolando, por amostragem, somente casos de delitos de maior complexidade: uma decisão com reflexos criminais transcende mero estudo aplicado e não atinge somente aos imputados por crimes econômicos, mas, sim, em sua maioria, o delinquentes comuns, mais sensíveis à seletividade do sistema penal.

5. Conclusão



Com todo o exposto, o que se quer dizer, em apertada síntese, é que o discurso que pretende legitimar a execução antecipada da pena não pode descuidar das balizas que a situação penitenciária brasileira impõe a essa argumentação, e que essa situação é intimamente conexa ao grau de punitivismo (quanto maior este, mais bem preparada a estrutura prisional deve estar — ou pior e mais desumana tende a ficar), que tem na política criminal uma de suas fontes. Como saída, o que se está a propor é que qualquer orientação punitivista deve obedecer e encontrar seus limites no *princípio da escassez*, que, ao final, se torna ferramenta para uma reafirmação do princípio da *presunção de inocência*, de modo a reduzir (ou pelo menos frear) os números da população penitenciária.

A aceitação ao cumprimento antecipado da pena inverte essa lógica por completo, pois a compressão do *interim* para uma satisfação executiva (do trânsito em julgado para o tão breve esgotamento da via ordinária) admite um maior *punitivismo procedimental*, o que se reverte em aumento dos índices penitenciários e em um desprezo sobre a escassez e a finitude dos recursos públicos.

Se a sociedade brasileira quiser dar o salto ao primeiro mundo^[8], é certo precisa estar disposta a cumprir regras, e em especial aquelas que fundamentam a própria ideia de *primeiro mundo*, quais sejam, as regras do jogo democrático (constitucionais). No momento em que determinada sociedade conserva o sistema prisional em estado deplorável, constata-se que há muito se deixou de atentar às mais comezinhas das diversas regras de todo ordenamento jurídico (nem sequer as decisões e sanções de organismos internacionais são respeitadas — nada se faz para cumprir com os seus pedidos).

E é sobre este imbricado pano de fundo que especialistas de outras áreas do Direito passam a analisar tópicos das *ciências penais*, e arriscam-se em fundamentos diversos para legitimar seus argumentos, que quase sempre tendem a um expansionismo punitivo. Não se está a dizer que o Direito Penal deva ser alheio a tais considerações, antes pelo contrário: este intercâmbio deve ser incentivado. É sempre salutar um diálogo multidisciplinar; mas é preciso cautela: construções sobre princípios incidentes às *ciências penais* exigem sempre maior grau de ceticismo e abstração, além de um elevado alcance argumentativo teleológico que permita a visualização do panorama como um todo. Um ponto aparentemente isolado sempre reclama seus reflexos — por vezes nefastos.

[1] Cf. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61208-liminar-da-oea-pede-ao-governo-brasileiro-solucao-para-o-caos-no-presidio-central-de-porto-alegre>>.

[2] Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html>, <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/detento-indenizado-condicoes-presidio-gaicho>>.

[3] O caso mais relevante de reversão da tendência de crescimento da população penitenciária é o do estado da Califórnia: na sentença *Brown vs. Plata* (2011), a Corte Suprema dos EUA entendeu que a superpopulação havia degradado tanto a sanidade penitenciária que se havia formado uma verdadeira penalidade desumana. A Califórnia foi obrigada a promover uma redução drástica de sua população penitenciária — o fez mediante o *Public Safety Realignment Act*, também de 2011.

[4] RODRÍGUEZ, J.; LARRAURI, E. (2012). Economic crisis, crime, and prison in Spain. In: *Criminology in Europe*, n. 2012/2, p. 10-13.

[5] Em uma abordagem mais ampla, com exposição de dados, e para uma referência mais sólida: BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; CHIOCHETA, M.; GLOECKNER, R. (2014). Grande recessão e mudança de ciclo do expansionismo punitivo: uma reatualização da crítica ao sistema penal? In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*



. Ano 62, n. 445, nov./2014, p. 117-137.

[6] O autor trata sobre a análise econômica do delito e da pena (AED) em seu texto seminal: BECKER, G. (1968). Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76(2), p. 169-217.

[7] Cf. TIMM, L. B. (2018). Até onde vai a presunção de inocência? Uma reflexão do atual momento que vivemos no Brasil sobre Lava Jato. *Jota*. Coluna da ABDE. Disponível em: <

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/ate-onde-vai-presuncao-de-inocencia-11122017>>.

[8] Ibid.: Em TIMM, L. B. (2018). Até onde vai...? *Jota*.

Date Created

07/04/2018