

ORGANIZADORES

ALEXIS COUTO DE BRITO

ORLY KRIBIT

JENIFER MORAES

JHONATAN FERNANDO FERREIRA

I SEMINÁRIO INTERNACIONAL — O FIM DO DIREITO —

AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

Organizadores
Alexis Couto de Brito
Orly Kribit
Jenifer Moraes
Jhonatan Fernando Ferreira

I SEMINÁRIO INTERNACIONAL – O FIM DO DIREITO

AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Diagramação e Capa: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

B875

Brito, Alexis Couto de Brito

I Seminário Internacional – o fim do direito : as penas privativas de liberdade de curta duração [livro eletrônico] / Alexis Couto de Brito ... [et al.]; Orly Kribit, Jenifer Moraes, Jhonatan Fernando Ferreira (Org.). - 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024.

3210Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-763-1.

1. Direito penal. 2. Penas privativas de liberdade. 3. Penas de curta duração. 4. Direitos humanos. I. Título.

CDU: 340

Bibliotecária responsável: Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editoratirantbrasil@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

Organizadores
Alexis Couto de Brito
Orly Kribit
Jenifer Moraes
Jhonatan Fernando Ferreira

I SEMINÁRIO INTERNACIONAL – O FIM DO DIREITO

AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO

Autores

Alexis Couto de Brito
Amanda Basílio Caciola Marson
Augusto Jobim do Amaral
Beatriz Bravo Penariol
Beatriz Freire Zaize
Beatriz Rosa Rey
Clara Duarte Fernandes
Clara Prado Campos
Evandro dos Santos Freires
Fábio Oliveira Santos
Felipe Pessoa Fontana
Fernando Pereira da Silva
Francielli Girardi Bressan
Gabriel Cavassini Soares
Gabriela Gomes Casarin
Gabriela Michels Rizzardi
Guilherme Manoel de Lima Viana
Guilherme Rocha Munin
Gustavo Castilio Marques
Itamar Prudêncio
Jhonatan Fernando Ferreira
João Guilherme Lagazzi Alonso
José Eugênio da Silva Mendes

Juan Marcel Montiel Santander
Karen Fernandes dos Santos
Karina Velasco de Oliveira
Larissa Pizzotti Faiçal
Leonardo Marcel de Oliveira
Lígia de Souza Cerqueira
Marcius Tadeu Maciel Nahur
Maria Victória S. Correia de Sousa
Mariana Goulart
Nara Fernandes Alberto
Nicole Rodrigues de Holanda
Orly Kibrit
Pedro Henrique Moreira Simões
Pedro Paggi Simões
Renata Lima Castro
Renato Watanabe de Morais
Ricardo dos Santos Castilho
Rosilene Aparecida Marton
Samuel Medeiros Andreatta
Stephanie Havar de Almeida
Vanessa Medina Cavassini
Vitor de Souza Ishikawa



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	8
<i>Alexis Couto de Brito, Orly Kibrit, Jenifer Moraes e Jhonatan Fernando Ferreira</i>	
ALTERNATIVAS ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO NO CONTEXTO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006)	10
<i>Amanda Basílio Caciola Marson e Beatriz Freire Zaize</i>	
A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	14
<i>Beatriz Bravo Penariol e Clara Duarte Fernandes</i>	
OS EQUÍVOCOS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	32
<i>Beatriz Rosa Rey</i>	
A ILEGITIMIDADE DO TIPO PENAL DE TRÁFICO DE DROGAS	47
<i>Clara Prado Campos</i>	
CUSTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL COMO POLÍTICA CRIMINAL E PERSECUTÓRIA	60
<i>Evandro dos Santos Freires</i>	
O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O APRISIONAMENTO EM MASSA: A RESPONSABILIDADE EM AMBAS AS ESFERAS - UM ESTUDO EM PRETO.....	80
<i>Fábio Oliveira Santos</i>	
FUNDAMENTOS MATERIAIS PARA ENQUADRAMENTO DE DIRIGENTES EMPRESARIAIS COMO GARANTIDORES ORIGINÁRIOS.....	94
<i>Felipe Pessoa Fontana</i>	
O PAPEL DA ECONOMIA NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE.....	115
<i>Fernando Pereira da Silva</i>	
SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO DE TIAGO VIANNA GOMES	128
<i>Francielli Girardi Bressan</i>	
E-CARCERATION IN BRAZIL E TECNOLOGIAS DE CONTROLE SOCIAL	141
<i>Gabriela Gomes Casarin</i>	
“GUERRA ÀS DROGAS” E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	156
<i>Gabriela Michels Rizzardi e Augusto Jobim do Amaral</i>	

PENAS DE CURTA DURAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOB O PONTO DE VISTA DO SÍMBOLO E DA LINGUAGEM.....	179
<i>Guilherme Rocha Munin, Itamar Prudêncio e Alexis Couto de Brito</i>	
VÍTIMAS INVISÍVEIS: O IMPACTO DA CULTURA DO ESTUPRO NO PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO.....	200
<i>Guilherme Manoel de Lima Viana e Nara Fernandes Alberto</i>	
COLABORAÇÃO PREMIADA E AUTORITARISMO JUDICIAL: A INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS ACORDOS CELEBRADOS NO CURSO DA OPERAÇÃO LAVA JATO	217
<i>Gustavo Castilio Marques</i>	
O JUIZ DE GARANTIAS COMO EFETIVAÇÃO DO PROCESSO ACUSATÓRIO NO BRASIL	232
<i>Jhonatan Fernando Ferreira e Pedro Paggi Simões</i>	
A INCOMPATIBILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA CONDENATÓRIA DE RECICLAGEM DE ATIVOS.....	244
<i>João Guilherme Lagazzi Alonso</i>	
A DECRETAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE OFÍCIO: PRESENÇA INQUISITÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	248
<i>José Eugênio da Silva Mendes</i>	
A (I)LEGITIMIDADE DA CONFISSÃO NA REALIZAÇÃO DO ANPP	263
<i>Juan Marcel Montiel Santander</i>	
CONFLITOS DO PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO NO SÉCULO XXI - LEGISLAÇÃO CRIMINAL DE EMERGÊNCIA.....	284
<i>Karen Fernandes dos Santos</i>	
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: UMA FORMA LEGAL DE VIOLAR O DIREITO DO RÉU.....	303
<i>Karina Velasco de Oliveira</i>	
APOROFOBIA E SISTEMA PENAL BRASILEIRO: MECANISMOS PUNITIVOS E CONTROLE SOCIAL DE GRUPOS VULNERÁVEIS	321
<i>Larissa Pizzotti Faiçal e Maria Victória S. Correia de Sousa</i>	
O DELITO COMO IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NA TEORIA PENAL DE KARL BINDING	338
<i>Leonardo Marcel de Oliveira</i>	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E IMPUTAÇÕES PENAIS: PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA-CRÍTICO OU GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.....	355
<i>Marcus Tadeu Maciel Nahur, Rosilene Aparecida Marton e Orly Kibrit</i>	
INTERSEÇÕES ENTRE NEOLIBERALISMO E NEOCONSERVADORISMO: O APROFUNDAMENTO DA RACIONALIDADE PUNITIVA LEGISLATIVA BRASILEIRA	378
<i>Mariana Goulart</i>	

ÍLEGITIMIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO NA EXECUÇÃO PENAL.....	397
<i>Nicole Rodrigues de Holanda e Renato Watanabe de Moraes</i>	
O JUIZ INQUISIDOR À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	420
<i>Renata Lima Castro</i>	
O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS.....	438
<i>Ricardo dos Santos Castilho e Pedro Henrique Moreira Simões</i>	
RAZÃO PRISIONAL: A EMERGÊNCIA DA PRISÃO NA OBRA FOUCAULTIANA	448
<i>Samuel Medeiros Andreatta</i>	
ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA PENA DE MULTA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CONDENAÇÕES POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES	469
<i>Stephanie Havir de Almeida e Lígia de Souza Cerqueira</i>	
CRIMINOLOGIA E UMA VISÃO CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO CONTROLE SOCIAL...	480
<i>Vanessa Medina Cavassini e Gabriel Cavassini Soares</i>	
O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMPREENDE OS CRIMES AMBIENTAIS?.....	495
<i>Vitor de Souza Ishikawa</i>	

APRESENTAÇÃO

Esta publicação foi elaborada a partir dos trabalhos apresentados no I Seminário Internacional – o Fim do Direito: as penas privativas de liberdade de curta duração, promovido pelos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Centro Universitário FIEO e Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, como parte de projeto financiado pelo Mackpesquisa.

O evento teve 3 turnos de palestras e 2 turnos de apresentações de trabalhos.

A primeira palestra, realizada na manhã do dia 13 de setembro de 2023, foi proferida pelo Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, com o seguinte tema: “El sistema de penas en los delitos económicos: corta duración o penas draconianas”. No segundo período, realizado na noite do mesmo dia 13, foi palestrante a Prof. Dra. Paula Andrea Ramírez Barbosa, com o tema “O impacto de sentenças privativas de liberdade curtas, ordens comunitárias e ordens suspensas sobre a reincidência”. Por fim, a terceira palestra, proferida pelo Prof. Dr. Danilo Lobato, na manhã do dia 14 de setembro de 2023, teve o tema “Penas Criminais: História, Limites e Perspectivas”.

As discussões tiveram por finalidade subsidiar as pesquisas realizadas no âmbito do projeto financiado pelo Mackpesquisa, sob o título “Penas privativas de liberdade de curta duração: diálogos sobre legitimidade e efetividade segundo as ciências penais”.

As apresentações de trabalho ocorreram nas tardes dos dias 13 e 14 de setembro de 2023, divididas em 10 grupos de trabalhos: (i) Direito Penal e Cidadania; (ii) Direito Penal como limite ao Poder Econômico; (iii) Criminologia e Controle Social; (iv) Autoritarismo e Processo Penal; (v) Pena e o Critério Científico da Imputação; (vi) Garantismo e Imputação Penal; (vii) A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana pelo Direito Penal; (viii) Colisão e Concretização dos Direitos Fundamentais no Processo Penal; (ix) Encarceramento em massa e os inimigos do Direito processual penal democrático; (x) A conciliação e composição privada no direito penal.

Os resultados, apresentados neste livro, demonstram o elevado debate realizado a respeito do tema em cada grupo de trabalho e a importância de que o assunto seja colocado em pauta no âmbito acadêmico.

Agradecemos ao Mackpesquisa pelo financiamento, assim como à equipe da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e à comissão de eventos do Programa de Pós -Graduação em Direito Político e Econômico também da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que tornaram possível a realização do evento.

Esperamos que a leitura seja proveitosa e renda bons frutos aos/às pesquisadores/as do tema!

ALEXIS COUTO DE BRITO

ORLY KIBRIT

JENIFER MORAES

JHONATAN FERNANDO FERREIRA

Organizadores

ALTERNATIVAS ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE CURTA DURAÇÃO NO CONTEXTO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/2006)

AMANDA BASÍLIO CACIOLA MARSON¹

BEATRIZ FREIRE ZAIZE²

1. PROBLEMA

Partindo da noção que o enfrentamento das drogas no território brasileiro sofreu uma série de modificações ao longo dos anos, principalmente, quando visualizado a trajetória histórica do consumo pessoal - cujo tema será objeto do trabalho em questão. Vê-se que o consumo padeceu de plúrimas interpretações, desde a insignificância da conduta até sua demonização, elementos que contribuíram para a perda de vista do verdadeiro objeto, tornando confusa a adoção de medidas mais compatíveis a balizar a resposta estatal mais adequada ao caso.

Não obstante os esforços com a promulgação da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) ao trazer a adoção de medidas alternativas à pena privativa de liberdade com o artigo 28 (consumo pessoal), nota-se que, na prática, a subjetividade conferida à matéria tornou obscura os critérios de distinção entre a figura do traficante e do usuário dada a proximidade dos verbos elencados no art. 33 e art. 28 do referido diploma. Como resultado, aumentou-se a discricionariedade dos agentes policiais e judiciais e, conseqüentemente, da população carcerária relacionada ao crime de tráfico.

Tanto é que ao se verificar os índices de encarceramento relacionados ao tráfico após o ano de 2006, enquanto de um lado o crime de consumo pessoal reduziu, de outro, o crime de tráfico só aumentou, o que revela a falta de paridade entre os dispositivos se levarmos em consideração, por exemplo, que a demanda é determinada pelo consumo. Logo, verifica-se que o problema repousa-se, sobretudo, no fato do consumo pessoal estar sendo utilizado para fins de agravamento dos delitos de tráfico e não propriamente como medida alternativa à pena de duração, capaz de solucionar o problema da superlotação carcerária.

1 Bacharelada em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). E-mail: amandabmarson@gmail.com

2 Bacharelada em Direito na Universidade Presbiteriana (UPM). E-mail: beatriz_fzaize@outlook.com

2. HIPÓTESES

Considerando a problemática envolvendo o Artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) no Brasil, é plausível supor que a aplicação de alternativas ao encarceramento, como medidas terapêuticas e programas de redução de danos, pode ser mais eficaz na promoção da redução do consumo problemático de drogas, na prevenção da reincidência e no enfrentamento dos problemas associados, como a superlotação carcerária e a violação de direitos humanos.

Essa hipótese se baseia na premissa de que as penas privativas de liberdade, especialmente aquelas de curta duração, não abordam efetivamente as questões de saúde pública e social relacionadas ao consumo de drogas, mas sim tendem a perpetuar o ciclo de violência e criminalização dos usuários. A imposição de prisão por porte de drogas para consumo pessoal pode levar a um aumento das taxas de encarceramento e superlotação das unidades prisionais, impactando negativamente a qualidade de vida e a reintegração desses indivíduos à sociedade após o cumprimento da pena.

Por outro lado, é razoável supor que alternativas que enfatizem o tratamento, a redução de danos e a assistência social possam oferecer uma abordagem mais humanizada, capaz de lidar com as raízes dos problemas do consumo de drogas e, assim, reduzir a reincidência e promover a reinserção social dos envolvidos. A implantação de programas voltados para a educação, prevenção e tratamento poderia proporcionar uma mudança na perspectiva do usuário, tratando o uso de drogas como uma questão de saúde, e não exclusivamente como crime.

A análise de experiências internacionais que optaram por políticas de drogas mais voltadas para a saúde e menos centradas no encarceramento também pode fornecer evidências que sustentem essa hipótese. Países que adotaram abordagens mais progressistas como Portugal e Uruguai em relação ao uso de drogas e investiram em programas de redução de danos e tratamento têm apresentado resultados positivos na diminuição do consumo problemático, bem como na diminuição da sobrecarga do sistema prisional.

Assim, acredita-se que as alternativas promovidas no contexto do Artigo 28 podem ser uma estratégia eficaz para combater os problemas relacionados ao consumo de drogas, contribuindo para uma sociedade mais inclusiva, justa e respeitosa aos direitos humanos.

3. MARCO TEÓRICO

O marco teórico desta pesquisa fundamenta-se na abordagem crítica das políticas de drogas no Brasil, especialmente no contexto do Artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Para compreender os desafios e impactos da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, bem como explorar alterna-

tivas eficazes, serão consideradas as contribuições do autor brasileiro Cristiano Maronna.

Maronna, advogado criminalista e defensor dos direitos humanos, destaca-se por suas análises sobre a política de drogas no Brasil. Em suas obras, como “Drogas e Democracia: Os Caminhos da Política de Drogas na Sociedade Liberal” (2013), o autor critica o enfoque proibicionista, defendendo a importância da redução de danos, da despenalização do consumo pessoal e da busca por abordagens mais humanizadas.

O marco teórico contemplará conceitos e teorias relacionados às políticas de drogas, com ênfase nas consequências da criminalização e na superlotação carcerária. Serão exploradas as abordagens alternativas, como medidas terapêuticas e programas de redução de danos, sob a perspectiva de Maronna e outros autores relevantes.

Ademais, serão considerados estudos e experiências internacionais que têm adotado políticas mais centradas na saúde pública e menos focadas na punição, com o intuito de compreender os resultados alcançados por essas abordagens alternativas.

A reinserção social dos indivíduos envolvidos com o porte de drogas para consumo pessoal será um ponto chave do marco teórico, refletindo sobre a necessidade de alternativas que ofereçam tratamento e oportunidades de reintegração social, para quebrar o ciclo de reincidência criminal.

Dessa forma, a pesquisa busca examinar e comparar as alternativas às penas privativas de liberdade previstas no Artigo 28, analisando sua aplicabilidade, efetividade e benefícios potenciais. Com base nas contribuições de Cristiano Maronna e outros estudiosos, o estudo visa a promover o debate em torno de políticas de drogas mais humanizadas e eficazes, visando a promoção da saúde e o respeito aos direitos humanos dos indivíduos envolvidos com o consumo de drogas.

4. METODOLOGIA

A pesquisa será conduzida por meio de revisão bibliográfica e análise de legislação comparada sobre políticas de drogas, com foco nas alternativas às penas privativas de liberdade de curta duração. Serão considerados estudos que abordem experiências internacionais e nacionais de políticas voltadas à redução de danos, despenalização do porte para consumo pessoal e outras medidas de cunho social e terapêutico. A eficácia das alternativas será avaliada com base em indicadores de redução do consumo problemático de drogas, diminuição da reincidência criminal e respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

5. CONCLUSÃO E/OU RESULTADOS ESPERADOS

Espera-se que esta pesquisa contribua para o debate sobre a eficácia e humanização das políticas de drogas no Brasil, fornecendo subsídios para repensar o tratamento dado ao consumo de drogas previsto no Artigo 28 da Lei de Drogas. Ao compreender as alternativas existentes e sua efetividade, será possível avançar em direção a abordagens mais humanas e eficazes, que busquem não apenas punir, mas também oferecer tratamento e reinserção social aos indivíduos envolvidos com o consumo de drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES, R. M.. **Política de Drogas no Brasil: A Lei 11.343/06 e a Eficácia das Medidas de Reinserção Social**. Revista Direito GV, 12(2), 493-512.
- MARONNA, Cristiano. **Drogas e Democracia: Os Caminhos da Política de Drogas na Sociedade Liberal**
- NASCIMENTO, A. L., & ROSIN, D. J. (2017). **Políticas públicas e penas alternativas no combate ao tráfico de drogas: Análise da Lei 11.343/2006**. In: SOUZA, Érica Babini et al. (Orgs). Políticas Públicas e Democracia na Contemporaneidade. PPGDIR/UFSM.
- STRANO, Rafael F. **Política Pública Criminal** - 1 ed. - São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2023.
- ZAFFARONI, R. E., BATISTA, N. S., & ALAGIA, A. (2018). **Crítica y Dogmática de la Ley Penal: Nuevas Tendencias**. BdeF - Biblioteca Juridica Virtual del Estado Argentino.

A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SILÊNCIO

BEATRIZ BRAVO PENARIOL¹
CLARA DUARTE FERNANDES²

1. INTRODUÇÃO

Com a edição do Pacote Anticrime, em 2019, foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova forma de Justiça Penal Negociada, também conhecida como Acordo de Não Persecução Penal.

A mencionada inovação segue uma tendência, em razão das críticas ao encarceramento em massa e à morosidade do sistema judiciário, de mitigação das demandas processuais penais, substituindo o rito ordinário por medidas alternativas que visam a concessão bens disponíveis, por meio de atos consensuais, entre a vítima e o Ministério Público com o suposto autor do fato, trazendo possíveis benefícios para ambas as partes.

Ocorre que, assim como as demais medidas despenalizadoras e substitutivas ao processo, o Acordo de Não Persecução Penal é criticado por diversos doutrinadores, seja pela insegurança jurídica do acordo firmado, bem como pelo subjetivismo do *Parquet* ao deixar de propor-lo e, em virtude das inconstitucionalidades existentes, sendo o principal objeto de questionamento, a necessidade da confissão formal para que o acusado faça jus a proposta.

Ao passo que vigora como um direito fundamental, previsto na Lei Maior, o Direito ao Silêncio não deveria ser violado da forma supracitada, sendo o investigado coagido a produzir provas contra si, em busca de evitar o constrangimento

1 Beatriz Bravo Penariol: Pós-graduanda em Proteção de Dados e Compliance Digital e graduada em Direito, ambos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada criminalista, e-mail: beatrizpenariol@hotmail.com, TIA: 92310796

2 Clara Duarte Fernandes: Mestranda em Direito Político e Econômico, Pós-graduanda em Processo Penal, graduada em Direito, todos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada criminalista, e-mail: duarteclara193@gmail.com, TIA: 92273238

de um processo penal. Assim, afirma-se que haverá uma pena, sem sequer o início do processo.

Desse modo, buscou-se, no presente artigo, por meio da metodologia de revisão bibliográfica, analisar a (in)constitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao esmiuçar os requisitos para a formalização do acordo e a violação da presunção de inocência e do direito ao silêncio do investigado.

2. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO GLOBAL

À priori, destaca-se que o Brasil é adepto ao sistema jurídico do *civil law*, originário do direito romano, regido pelo ideal de positivação das normas jurídicas, com uma forte premissa no racionalismo das decisões. Além disso, este sistema possibilita uma maior limitação à atuação do Magistrado, fator este essencial, especialmente após a Revolução Francesa e as incontáveis arbitrariedades praticadas por aqueles que se encontravam no poder.

Por outro prisma, cumpre salientar que o sistema do *commom law*, de origem inglesa, não garante uma atuação arbitrária ao Juiz, mas sim flexibiliza as normas judiciais, permitindo que uma determinada lide seja decidida com base nos precedentes judiciais, haja vista que o mencionado sistema se funda no direito costumeiro, prevalecendo a regra jurisprudencial sob a escrita.³

O sistema supramencionado funda seu funcionamento na autonomia das partes, devido à grande influência que a Europa sofria, em razão da Reforma Protestante. Nesse período, vigorava uma repulsa à interferência, seja estatal ou de terceiros, na resolução dos conflitos sociais, tendo em vista o período de revolta contra a Monarquia.

Esse sistema entende que os direitos em questão no curso de uma lide processual são disponíveis, inclusive no que tange à liberdade do agente, garantindo uma maior flexibilidade e agilidade nos procedimentos, sendo este o sistema pioneiro na inserção da Justiça Penal Negociada, conforme será esmiuçado a seguir.⁴

O ideal de negociação processual e o conseqüente afastamento do Estado e suas diretrizes burocráticas são usuais em Estados neoliberais e, de acordo com John Locke, precursor do movimento Liberal, os seres devem ser livres para deci-

3 BUSSI, Simone Loncarovich (2020). SISTEMA CIVIL LAW E COMMON LAW: APROXIMAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA. **Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania**, 7(7), 1476-1498. Recuperado de <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1697>.

4 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris, Brasil**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 31 jul. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2018.29883>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 1470-1475

direm aquilo que melhor os convém, não cabendo ao Estado intervir em decisões que possuem reflexos diretos apenas na vida do próprio indivíduo.⁵

A partir de tais premissas, os Estados Unidos utilizam do instituto denominado *plea bargaining*, em que o acusado deve admitir a culpa do ato criminoso, em troca da possibilidade de negociar, com o Órgão Acusatório, o tipo penal a ser imputado, sua pena e a forma de sua execução, não havendo participação de um Juiz de Direito na negociação.

No mesmo sentido, na Inglaterra, há a previsão do *plea of guilty*, possuindo natureza extraprocessual, mas fornecendo ao acusado uma espécie de prêmio, como por exemplo, uma redução de pena, em decorrência da admissibilidade da culpa, novamente sem a intervenção do Juiz.⁶

2.2. EXEMPLOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

Embora tardiamente, o Brasil aderiu aos institutos da Justiça Penal Negociada, a partir da implementação dos Juizados Especiais, em 1995, abarcando os institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo. No entanto, cumpre destacar que os seus esboços iniciais ocorreram, em 1984, com o Programa Nacional de Desburocratização e a Lei nº 7.244/84.

O objetivo desses Juizados consiste em amenizar a alta demanda de processos no Poder Judiciário ao atender tutelas de baixo grau de complexidade, por essa razão, os princípios norteadores de seus funcionamentos são a Oralidade, a Celeridade, a Economia Processual, a Informalidade e a Simplicidade⁷.

No texto da Lei nº 9.099/95 constam as previsões pioneiras da possibilidade de um acordo no Processo Penal, como medidas despenalizadoras, isto é, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Em primeiro lugar, a composição civil, prevista no artigo 72 da Lei supracitada, consiste em um acordo entre o autor do fato e a vítima, ainda na fase preliminar, havendo a presença de um Juiz ou de um Conciliador, visando a reparação do dano. Sendo a Ação de natureza privada, se o acordo for firmado, o direito de representação será extinto, no entanto, não havendo acordo ou se

5 SOARES, Lúvia Ferreira Maioli. (2012). Os Estados liberal e social nas constituições brasileiras no tocante à ordem econômica. *Confluências* | **Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito**, 13(2), 110-130. <https://doi.org/10.22409/conflu13i2.p307>

6 WÜRZIUS, Lara Maria Wilember. JUNIOR, Passos Tarcísio. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 551–568, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/articulo/view/52>. Acesso em: 23 jun. 2023.

7 SILVA, Grazielle Ellen. **Juizado Especial Cível: histórico, objetivos e competência**. DireitoNet, 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10522/juizado-especial-civel-historico-objetivos-e-competencia>>. Acesso em: 27 de jun. de 2023.

tratando de Ação Penal Pública Incondicionada, o Ministério Público oferecerá, desde já, uma proposta de pena restritiva de direito, também conhecida esta possibilidade como Transação Penal⁸.

O mencionado instituto, positivado no artigo 76 da Lei, afasta o processo, não havendo a fase de instrução, logo, uma vez aceita a proposta, o agente não incorrerá em reincidência.

Para tanto, é necessário que o indivíduo preencha determinados requisitos objetivos, como por exemplo não ter sido condenado à pena privativa de liberdade por uma infração penal já transitada em julgado e não ter sido beneficiado, nos cinco anos anteriores, pela transação. No mais, também deverá preencher requisitos subjetivos, a fim de que reste demonstrada que a medida despenalizadora será suficiente. Frisa-se que o único Órgão com competência para oferecer tal benefício é o Ministério Público, embora se trate de um direito subjetivo do réu. Nesse sentido:

“Sob o argumento de se tratar de direito público subjetivo do autor do fato delituoso, não se defere ao juiz a possibilidade de conceder de ofício a transação penal contra a vontade do Ministério Público ou do querelante. Não cabe ao juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao órgão ministerial ou ao querelante para formular de ofício a proposta de transação penal, sob pena de evidente violação ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal.” (LIMA, 2019, p. 1502, apud. SANTOS, 2021)⁹

Apesar de estar disposto seu regramento na Lei dos Juizados Especiais, a Suspensão Condicional do Processo não se limita às infrações de sua competência, mas, em verdade, é aplicável a todos os delitos punidos com pena mínima cominada em abstrato em um ano. No mais, também possui como requisito o fato do possível beneficiado não estar sendo processado e nem condenado por crime, além do preenchimento dos requisitos objetivos, conforme consta no artigo 89.

Ao contrário do constatado anteriormente, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, este instituto não é um direito subjetivo do réu, podendo o Parquet deixar de oferecer a suspensão no momento do oferecimento da denúncia, havendo assim, portanto, uma persecução penal, cabendo a aplicação, por analogia, do artigo 28 do Código de Processo Penal, conforme enunciado da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Este instituto consiste na paralisação da persecução penal, estando o agente, por um período entre dois a quatro anos, em um período de prova, o qual de-

8 SANTOS, Luiza Louiza Q. Santos. **O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Consensual Brasileira**. 2021. TCC: Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2021.

9 SANTOS, Luiza Louiza Q. Santos. **O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Consensual Brasileira**. 2021. TCC: Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2021.

10 SILVA, Renan Lima Gomes Pereira. **A Suspensão Condicional da Pena e do Processo como Medidas Despenalizadas**. 2022. TCC: Graduação em Direito. UniEvangélica, 2022.

verá cumprir determinadas condições, a fim de que a sua punibilidade seja extinta. O *sursi* se baseia no *nolo contondere*, ou seja, o mérito a respeito da inocência do acusado não será discutido, em virtude do afastamento do processo optado¹¹.

Por fim, tendo em vista o aumento vertiginoso nos índices da criminalidade no Brasil e os recursos limitados que o Estado possui para investigar as facções criminosas e os crimes de colarinho branco, em 2013, foi promulgada a Lei nº 12.850/13 que tipifica o delito de integrar Organização Criminosa, assim como positiva diversos meios de obtenção probatória, incluindo o instituto da Colaboração Premiada.¹²

Este exige que o Colaborador venha a colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação ou com o processo, identificando os demais participantes da Organização, revelando a estrutura hierárquica desta e o seu funcionamento, prevenindo futuras infrações penais, auxiliando na recuperação de, ao menos parcialmente, o produto ou proveito da empreitada ou informando a localização de uma eventual vítima, desde que essa seja resgatada com a sua integridade física preservada.

Frisa-se a relevância da voluntariedade do possível Colaborador para reverter o mecanismo de legalidade, ou seja, só poderá ser homologado e considerado como válido se iniciativa da formação deste acordo tiver sido do acusado, assistido por um Defensor¹³.

Em contrapartida, o prêmio varia com o momento processual em que foi celebrado o acordo. Assim, caso tenha sido homologado até a sentença de primeiro grau, poderá ser concedido o perdão judicial ao acusado, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma restritiva de direito ou, caso não seja possível, a depender do caso concreto, a pena poderá ser reduzida em até dois terços.

Caso a celebração tenha ocorrido em momento recursal, a redução será de, no máximo, metade da pena ou poderá o agente progredir de regime, embora não tenha o *quantum* de pena cumprida necessária¹⁴.

11 SOARES, Fabiana de Souza Azevedo. **A propositura da suspensão condicional do processo no âmbito do Processo Penal**. 2017. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 14

12 ARANTES, Caio Cesar. Justiça penal negociada no Brasil: uma análise do instituto sob os conceitos de ética e justiça aristotélica. **Conhecimento Interativo, Brasil**, v. 14, n. 2, p. 291-310, 2020. Disponível em: <http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/506>. Acesso em: 25 jun. 2023, p. 295

13 BONOLDI, Márcia Maria Vargas Rojas. A colaboração premiada e a sua repercussão no ordenamento jurídico. **Revista Jurídica da Ajufesc**, Santa Catarina, v. 5, n. 5, p. 50-72, 2015. Anual. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Ma%CC%81rcia-Maria-Vargas-Rojas-Bonoldi.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

14 AIRES, M. T., & Fernandes, F. A. (2017). A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, 3(1), 253–284. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.4>, p. 269-272

O contexto social e político à época da promulgação e surgimento da Colaboração Premiada era o de insatisfação popular com os inúmeros escândalos de corrupção envolvendo o Governo e o apreço a Operação Lava Jato que se utilizou, de forma arbitrária, do mencionado instituto, deturpando seu objetivo e ensejando diversas críticas.

Cita-se como exemplo a insegurança jurídica por parte do Colaborador, haja vista a possibilidade de revogação do acordo, assim como a sua finalidade que, muitas vezes, consiste em um mero objeto de pressão, em conjunto com prisões preventivas ilegais e desnecessárias, tendo em vista a ineficiência estatal em conduzir investigações céleres e efetivas.¹⁵

2.3. SURGIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Durante o ano de 2019, período em que o Pacote Anticrime estava sendo estruturado, diversos membros dos três Poderes enviaram sugestões ao Projeto Legislativo, sendo um deles proposto pelo então Ministro da Justiça, ex-juiz da Operação Lava Jato, Sérgio Moro. Este possuía como uma de suas propostas a implementação do instituto americano *plea bargain*, sendo rechaçado pelos congressistas, haja vista as inúmeras divergências sociais e estruturais que possuímos com relação aos americanos.¹⁶

No entanto, embora este projeto não tenha avançado na Câmara, o Acordo de Não Persecução Penal foi promulgado como uma das novidades a serem introduzidas no ordenamento jurídico pátrio, acrescentando mais uma modalidade à Justiça Penal Negociada. Este instituto visa, ao menos na teoria, diminuir os índices de encarceramento em massa e sobrecarga do Poder Judiciário ao julgar inúmeras demandas, no presente caso, de médio potencial ofensivo.

No entanto, este momento não veio a ser o marco inicial de seu surgimento, sendo certo que este ocorreu, em 2017, com a edição da Resolução nº 181/17 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. No entanto, duas ADI's foram propostas pela Associação de Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil, nº5700 e 5793, perante o Supremo Tribunal Federal e, a fim de se evitar a declaração de inconstitucionalidade, o Projeto foi apresentado no Legislativo que deu seguimento aos trâmites corretos¹⁷

15 JUNIOR, Aury Lopes. ROSA, Alexandre Moraes da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. ConJur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 29 de jun. 2023.

16 CLAVERY, Elisa; PALMA, Gabriel; PARREIRA, Marcelo. **Proposta de 'plea bargain' de Moro é retirada do pacote anticrime por grupo de trabalho da Câmara**. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/06/proposta-de-plea-bargain-de-moro-e-retirada-do-pacote-anticrime-por-grupo-de-trabalho-da-camara.ghtml>>. Acesso em: 28 jun. de 2023

17 IZEL, Camila Arrusa. NASCIMENTO, Lucas Igor Lavareda. **O acordo de não persecução penal e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, 2022. disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/>

Por fim, cumpre destacar que, assim como os demais instrumentos de Justiça Penal Consensual, este abarca inúmeras críticas por parte dos juristas, como por exemplo o fato de se instituir uma pena sem a observância aos trâmites processuais, o perfil inquisitório, tendo em vista a centralização da figura de acusador e juiz no Promotor e, por fim, as diversas questões inconstitucionais que permeiam sua utilização, especialmente a exigência da confissão para a formalização do acordo, ferindo o direito fundamental ao silêncio, previsto em nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXIII.¹⁸

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. CONCEITO

Conforme exposto anteriormente, o Acordo de Não Persecução Penal surgiu com a resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, antes mesmo da Lei 13.964/19, mais conhecida como Pacote Anticrime, a qual trouxe diversas alterações e inclusões na legislação processual penal brasileira. Entretanto, sua previsão por meio de Lei Federal se deu com o Pacote Anticrime.

O mencionado instituto, como uma forma de justiça penal negociada, foi criado com o intuito de reduzir a morosidade do sistema de Justiça Criminal no Brasil para casos considerados menos graves.¹⁹

Dessa forma, a previsão do Acordo de Não Persecução Penal se deu no artigo 28-A do Código de Processo Penal, que estabeleceu que o Ministério Público pode oferecer o acordo quando não for caso de arquivamento e tendo o investigado confessado a prática do delito, cometido sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. O acordo deve ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante determinadas condições, a serem fixadas de forma cumulativa ou alternativa.

Assim, o Acordo de Não Persecução Penal pode ser entendido como um instrumento legal apto a evitar o início de uma ação penal, ou seja, trata-se de um acordo realizado entre o Ministério Público e o investigado, com a determinação do cumprimento de determinados requisitos que, caso sejam cumpridos, dar-se-á extinta a punibilidade do investigado.

consulta/artigos/58262/o-acordo-de-no-persecuo-penal-e-a-sua-implementao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 06 de jul. de 2023.

18 WÜRZIUS, Lara Maria Wilember. JUNIOR, Passos Tarcisio. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 551–568, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/52>. Acesso em: 23 jun. 2023.

19 FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Ed. Atlas, 2020, p. 92.

3.2. PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E CONDIÇÕES

Em tese, o Acordo, assim como a transação penal, por ser um ato pré-processual, deve ser oferecido antes do oferecimento de denúncia.²⁰

Entretanto, há uma forte discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de sua aplicação retroativa, uma vez que, por se tratar de norma de natureza mista, pode ser aplicada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.²¹

Em sede de discussão jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça não possui entendimento pacífico acerca do tema. Dessa forma, a 5ª Turma entendeu pela retroatividade do acordo de não persecução penal, mas a subordina a não haver decisão de recebimento da denúncia quando iniciada a vigência da Lei n. 13.964/2019²² e, por outro lado, a 6ª Turma afirma a retroatividade do acordo de não persecução penal, mas em maior extensão, para casos não transitados em julgado²³.

No que tange aos requisitos para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, estes possuem previsão no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, conforme exposto acima, quais sejam: não ser caso de arquivamento; a confissão formal e circunstanciada; infração penal com pena mínima cominada inferior a 4 anos; infração penal praticada sem violência ou grave ameaça e necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

No tocante ao primeiro requisito, salienta-se que, sendo o acordo uma alternativa ao oferecimento da denúncia, cuja propositura da ação penal de mostra

20 FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Ed. Atlas, 2020, p. 93

21 *Ibidem*, p. 101

22 HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INA-DEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA 5ª TURMA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]. 2. A Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como 'Pacote Anticrime'), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP). 3. O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (HC-191.464/STF, 1ª TURMA, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 12/11/2020). No mesmo sentido: (EDcl no AgRg no AREsp 1635787/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 13/8/2020 e Petição no AREsp 1.668.089/SP, da Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe de 29/6/2020). 4. No caso dos autos, a discussão acerca da aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) só ocorreu em sede de apelação criminal e no momento do recebimento da denúncia não estava em vigência a Lei n. 13.964/2019, o que impede a incidência do instituto. 5. Habeas corpus não conhecido" (STJ, 5ª Turma, HC 607.003/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 24.11.2020, DJe 27.11.2020).

23 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATUREZA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5o, XL, da CF). 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019)" (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, j. 08.09.2020, DJe 14.09.2020)

viável, é necessário que haja justa causa para tal, com indícios de autoria e materialidade, ou seja, não deve ser caso de arquivamento.²⁴

Com relação ao requisito da confissão formal e circunstanciada, é importante esclarecer que tal requisito se mostra como tema principal do presente artigo, de modo que seu aprofundamento se dará mais abaixo.

Já o requisito da pena mínima do delito ser inferior a 4 (quatro) anos, tal verificação deve-se levar em consideração as causas de aumento e de diminuição da pena aplicáveis ao caso concreto. As causas de aumento são variáveis na legislação processual, de modo que deve haver um aumento mínimo para preenchimento do requisito. Por outro lado, as causas de diminuição devem ser aplicadas em seu maior percentual, de modo a permitir a diminuição máxima da pena.²⁵

Para o requisito da ausência de violência ou grave ameaça na prática do delito, deve-se considerar somente a violência praticada contra a pessoa e não contra a coisa, como é o caso do crime de dano, por exemplo. Ainda, a violência deve ser aquela que integra os crimes dolosos, excluindo-se, assim, a violência em crimes culposos.²⁶

Por último, com relação ao requisito do acordo ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, trata-se de um requisito subjetivo, devendo considerar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal.²⁷

Além dos requisitos que possibilitam o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, o próprio artigo 28-A, §2º, do Código de Processo Penal estabelece requisitos negativos, ou seja, que não permitem o oferecimento do acordo, quais sejam: em casos de cabimento de transação penal; quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; quando o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

24 FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A.; et al. *Lei Anticrime Comentada: Artigo Por Artigo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 59

25 MENDES, Soraia da Rosa M. *Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo : Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597025002. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/>. Acesso em: 29 jun. 2023, p. 65.

26 FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A.; et al. *Lei Anticrime Comentada: Artigo Por Artigo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 60.

27 *Ibidem*, p. 62

Nesse sentido, o primeiro requisito, quando for caso de cabimento de transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, diz respeito à tentativa de separar os institutos e deixar cada qual para atender sua finalidade, ou seja, separar os crimes de menor potencial ofensivo para os Juizados Especiais e os demais para a Justiça Comum.

Além disso, a necessidade de o investigado não ser reincidente ou praticar conduta criminosa de forma habitual se traduz no fato de o acordo ser necessário para a prevenção do crime, devendo ser considerada a reincidência com base nos artigos 63 e 64 do Código Penal.

Já o fato do agente não ter sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo se traduz na reprovação do crime, a fim de se evitar que o crime “compense”, pois poderia incentivar um *looming* na realização destes, transformando o direito penal em uma eterna justiça negociada.

Por fim, a impossibilidade de realização do acordo em casos de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razões de sexo feminino, diz respeito à violência praticada em qualquer das situações de vulnerabilidade definidas no artigo 5º da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.²⁸

Já no que se refere às condições para realização do acordo vem elencadas nos incisos I, II, III, IV e V do artigo 28-A do Código de Processo Penal, que consistem em: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por um período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal; pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e, por fim, cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

As condições elencadas acima, conforme disposto no próprio *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, podem ser aplicadas de forma alternativa ou cumulativa.

28 FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A.; et al. **Lei Anticrime Comentada: Artigo Por Artigo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 64.

A principal condição do acordo é a reparação do dano, uma vez que se mostra fundamental o ressarcimento do prejuízo à vítima. Entretanto, a impossibilidade de reparação do dano não impede a realização do acordo.

Já a renúncia de bens e direitos corresponde à pena restritiva de direitos de perda de bens e valores, conforme previsto no artigo 5º, XLVI, b, da Constituição Federal e artigos 43, II, e 45, § 3º, do Código Penal. Por sua vez, a prestação de serviço corresponde a pena restritiva de direitos prevista no artigo 5º, XLVI, d, da Constituição Federal, e artigos 43, IV, e 46, ambos do Código Penal. E, por último, o pagamento de prestação pecuniária tem relação com a pena restritiva de direitos prevista no artigo 5º, XLVI, d, da Constituição Federal, e artigos 43, I, e 45, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal.²⁹

Além disso, a aplicação de outras condições indicadas pelo Ministério Público, conforme previsto no inciso V do artigo 28-A do Código de Processo Penal deve ser ponderada à luz do caso concreto, de modo a estabelecer uma condição proporcional e compatível com a infração penal, além de ser estipulada por prazo determinado.

4. O DIREITO AO SILÊNCIO

4.1. O SILÊNCIO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

O Direito ao Silêncio está previsto no inciso LXIII do artigo 5º, da Constituição Federal, que assegura ao preso ser informado de seus direitos, de permanecer calado, bem como a assistência familiar e advocatícia.

Verifica-se então, por se tratar de um direito fundamental, que o direito ao silêncio possui status maior, de modo que não é permitido restringir sua aplicabilidade, seja pela via legislativa ou pela interpretação.

Ainda, é importante ressaltar que o silêncio não pode resultar em qualquer tipo de prejuízo ao investigado, tendo em vista sua imunidade garantida constitucionalmente.³⁰

Tendo em vista que o direito ao silêncio é um direito fundamental garantido constitucionalmente, leis ordinárias que estejam na contramão de tal direito não devem prevalecer, como é o caso do artigo 198 do Código de Processo Penal, que dispõe que o silêncio do acusado pode constituir elemento para formação da con-

29 FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A.; et al. **Lei Anticrime Comentada: Artigo Por Artigo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 64.

30 NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 05 jul. 2023, p. 341.

vicção do magistrado, bem como o artigo 305 do Decreto-lei 1.002/69 (Código de Processo Penal Militar), que traz a possibilidade do silêncio do acusado ser interpretado em prejuízo da defesa. Tais leis demonstram que a legislação penal processual ainda não está em completa consonância com o texto da Constituição Federal.³¹

Ainda que o inciso LXIII do artigo 5º, da Constituição Federal traga o direito ao silêncio do preso, tal direito se estende à indivíduos que estejam em liberdade, uma vez que a utilização do termo “preso” se deu somente pela situação de vulnerabilidade em que um preso se encontra.³²

Por fim, esta garantia não deve ser vista como um favor do Estado ao indivíduo, mas sim como o reconhecimento de um instinto natural do ser humano para sua proteção, amparado pelo Princípio da Dignidade Humana.³³

4.2. DESDOBRAMENTOS AO DIREITO AO SILÊNCIO

O Direito ao silêncio possui diversos desdobramentos jurídicos, como por exemplo, o Princípio da não autoincriminação, também conhecido em latim como *nemo tenetur se detegere*. Essa possibilidade remonta aos tempos medievais, durante o período da Inquisição, em que a prática da tortura era comum, sendo apenas reprimida, a partir do período Iluminista.³⁴

A regra que vedava compelir alguém à autoincriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval do *ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1296, representada pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, significando que ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha. O princípio foi acolhido pela maior parte dos comentaristas medievais e repetido nos manuais de processo penal europeus dos séculos XVI e XVII. De acordo com a acepção do princípio, na época, era vedado exigir que alguém respondesse a perguntas específicas sobre seu comportamento ou atos da sua vida privada, submetendo-o a risco de infâmia ou persecução penal. Entendia-se que os homens deveriam confessar suas faltas a Deus, mas não deveriam ser compelidos a confessar seus crimes a ninguém mais.³⁵

O aludido princípio da *nemo tenetur se detegere* está positivado, não apenas na Constituição federal de 1988, mas também no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no artigo 14.3 *alínea g* e, no Pacto de São José da Costa Rica (entrou em vigor no Brasil no ano de 1992 - Decreto nº 678/1992), em seu artigo 8º, parágrafo segundo, *alínea g*.

31 *Ibidem*, p. 341.

32 *Ibidem*, p. 341.

33 NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 05 jul. 2023, p. 342.

34 ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. **O direito ao silêncio: Evolução histórica do Talmud aos pactos e declarações internacionais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, rev. dos tribunais, jul/set, 2004, p. 133-157.

35 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

Frisa-se que esse princípio não abrange apenas o direito ao silêncio, mas também exige que um indivíduo seja compelido a fornecer a senha do aparelho telefônico ou seu DNA, a fim de que seja confrontado na delegacia, por exemplo. Ressalta-se que a previsão do fornecimento obrigatório do material genético previsto na Lei de Execuções Penais para os já condenados vem sendo objeto de diversos debates acerca da sua constitucionalidade.³⁶

Pontua-se que a observância deste princípio reveste de legalidade as provas produzidas, pois, em caso contrário, opera-se a nulidade absoluta sob esta. Por essa razão, considera-se que esse direito não resguarda apenas o acusado, mas sim os próprios atos estatais, sendo de interesse público o cumprimento correto.³⁷

Outro desdobramento do direito ao silêncio decorre da obrigatoriedade da notificação por parte dos policiais ao efetuar uma prisão em flagrante, devendo cientificar o preso que este possui a permissão de ficar calado. Caso os agentes públicos não cumpram tal tarefa, a prisão em flagrante e todos os seus atos subsequentes serão declarados como ilegais e desentranhados do processo.³⁸

Nesse sentido, leciona-se:

Do caráter prioritário que o ordenamento jurídico destina à proteção do direito ao silêncio resulta a obrigação estatal de instruir, ou seja, de informar sobre tal direito. Trata-se de um dever de assistência, de tutela do Estado. O legislador decidiu neste caso por não pressupor o conhecimento do direito e visou assegurar, com o dever de instrução, que ninguém, por ignorância da lei, sinta-se psiquicamente pressionado a contribuir ativamente com o Estado através de declarações autoincriminatórias.³⁹

Logo, assegurar que todos os presos sejam advertidos de seu direito ao silêncio, significa prevenir a deturpação do Estado Democrático de Direito, evitando-se, desse modo, que o interrogatório do acusado ocorra de modo informal, sem a presença de um defensor e sem a observância de seus direitos.

Ainda, no que tange ao direito do silêncio e seus desdobramentos, é aceita pela Jurisprudência a sua figura seletiva, isto é, quando do interrogatório, o acusado se valer de sua autodefesa, este poderá responder apenas às perguntas de seu defensor.⁴⁰

36 MACARIO, Vanessa. **O condenado é obrigado a fornecer seu DNA para fins de identificação do perfil genético?**. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-condenado-e-obrigado-a-fornecer-seu-dna-para-fins-de-identificacao-do-seu-perfil-genetico/849729819#:~:text=O%20artigo%209%C2%BA%2D%20A%20da,mediante%20extra%C3%A7%C3%A3o%20de%20seu%20DNA.>> Acesso em: 01 de jul. de 2023.

37 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78

38 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. "O direito ao silêncio na prisão em flagrante", *Revista dos Tribunais*, v. 836 (jun. / 2005), p. 399-410.

39 NETO, Theodomiro Dias. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 19 (jul - set/1997), p; 179-204.

40 SOUZA, T. S. L. de . DIREITO AO SILÊNCIO SELETIVO . *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. L.], v. 8, n. 11, p. 2360–2370, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i11.7827. Disponível em: <https://periodico-rease.pro.br/rease/article/view/7827>. Acesso em: 2 jul. 2023, p. 2360-2370.

5. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO FRENTE À CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A despeito da promulgação do Pacote Anticrime ter sanado a inconstitucionalidade formal deste instrumento, conforme já visto em tópicos anteriores, o dispositivo normativo não se esquivou de sua evidente inconstitucionalidade material, qual seja: a necessidade da confissão para formalização do Acordo de Não Persecução Penal. Pedro Lenza descreve esta da seguinte forma:

“A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional ou com um princípio constitucional”⁴¹

Frisa-se que o Acordo de Não Persecução Penal não está em consonância com o artigo 5º, inciso LXIII da Carta Magna, assim como vai de encontro ao princípio da presunção de inocência, basilar a um sistema democrático e acusatório como o que nos encontramos atualmente.

O acordo proposto pelo Órgão Ministerial, embora possa transparecer a ideia de justiça consensual e uma suposta margem de negociabilidade de seus termos, trata-se de um contrato com caráter adesivo, deixando ao livre arbítrio do *parquet* a formalização das condições e pressupostos, sendo, inclusive, obrigatória a confissão.

Não obstante que a Constituição Federal de 1988 tenha positivado que o indivíduo só será considerado culpado, após o trânsito em julgado, o “beneficiário” do referido acordo antecipa a sua culpa, aceitando uma pena, sem ao menos ser submetido aos estágios processuais iniciais.⁴²

A assunção da culpa não denota a menor necessidade para a concretude dos objetivos aduzidos pelo Acordo, tanto é que os instrumentos previstos na Lei dos Juizados Especiais não possuem o mesmo requisito, haja vista a sua flagrante inconstitucionalidade. Valer-se da confissão mediante uma coação moral, como ocorre na iminência do oferecimento de uma denúncia, remonta aos períodos medievais em que práticas de tortura eram válidas.⁴³

No mais, cumpre destacar que a possibilidade da imposição de uma pena, ainda que não seja restritiva de liberdade, sem a devida averiguação a respeito da confissão sob as demais provas que poderiam ser produzidas, sob o crivo do contraditório, aufere a esta uma caracterização de prova irrefutável, também co-

41 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214-220

42 SILVA, J. C. F. da; REIS, D. C. F.; SILVA, K. A. R. F. da. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. L.], v. 12, n. 2, p. 81-97, 2020. DOI: 10.54275/raesmpce.v12i2.44. Disponível em: <https://revistaacademica.mpcce.mp.br/revista/article/view/44>. Acesso em: 5 jul. 2023, p. 93.

43 BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 219-264

nhecida como “rainha das provas”, fato não mais aceito no Processo Penal brasileiro, ressalvando-se determinadas situações excepcionais, como ocorre com a declaração de extinção da punibilidade por morte que só pode ser feita quando juntada a certidão de óbito do indivíduo⁴⁴.

A necessidade da confissão para realização do acordo implica, além de uma coação moral, conforme demonstrado acima, também na possibilidade de utilização caso o caso não seja cumprido. Vejamos:

“Sendo um benefício, não nos parece que deva o investigado confessar amplamente o crime para fazer o acordo. Afinal, se, depois, não for cumprido, o MP pode denunciá-lo e a confissão já terá sido realizada. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.”⁴⁵

Ainda que a formalização do acordo se de na presença da defesa técnica, além do Ministério Público, para legitimar o ato em prol do contraditório e da ampla defesa, no momento em que a confissão é feita, há a violação ao princípio da presunção de inocência, de modo que o investigado antecipa sua culpa, desprezando a necessidade de provar sua culpa em cumprimento devido processual legal.⁴⁶

Ressalta-se ainda que, embora se alegue que o Acordo concretiza o princípio da celeridade, cabe destacar que nenhum direito fundamental, assim como os princípios possuem regra de hierarquia entre si. No entanto, quando há uma colisão entre determinados direitos, faz-se imprescindível uma ponderação, realizada por meio de um balanceamento, da utilização destes no caso concreto. Tal técnica, criada pela Corte Constitucional Alemã, sustenta que todos os princípios, abstratamente, possuem a mesma relevância.⁴⁷

Não obstante, cabe mencionar também que, embora o Princípio da Dignidade Humana, apesar de não ser absoluto, deverá prevalecer em face aos demais, em virtude de tratar de um princípio estruturante. Nesse sentido é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

“Tratando-se de um método de ponderação de bens à luz do caso concreto, é intuitivo que a priori não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada— porque fora de cotejo axiológico — apenas a dignidade da pessoa humana como valor-fonte dos demais valores, valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, princípio e fim de toda ordem jurídica.”⁴⁸

44 BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal: da Investigação até a Sentença**. 1ª Edição. Curitiba. Editora Juruá. 2019, p. 454-463.

45 NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 28 jun. 2023, p. 80.

46 SILVA, J. C. F. da; REIS, D. C. F.; SILVA, K. A. R. F. da. Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, [S. L.]*, v. 12, n. 2, p. 81–97, 2020. DOI: 10.54275/raesmpce.v12i2.44. Disponível em: <https://revistaacademica.mpcce.mp.br/revista/article/view/44>. Acesso em: 5 jul. 2023, p. 93.

47 ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**. Vol. 16, n.2, junho de 2003. p. 132-134.

48 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 58

Desse modo, afirma-se que a Dignidade da Pessoa Humana deverá ser utilizada como uma baliza na ocorrência de eventual colisão entre direitos fundamentais e, apesar da garantia de um processo célere ser de extrema relevância ao desafogamento da máquina estatal, combatendo-se o encarceramento em massa, não se pode permitir que, a fim de atingir tal objetivo, a inocência do acusado seja violado sem o devido processo legal e com a obrigatoriedade de produzir provas que poderão ser utilizadas contra si.

Portanto, salienta-se que este instituto negocial é materialmente inconstitucional, haja vista a deturpação do princípio supracitado e da obrigatoriedade do investigado produzir provas contra si. Não havendo o que se falar em inovação processual, mas sim em retrocesso democrático.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, por meio da metodologia de revisão bibliográfica, o Acordo de Não Persecução Penal surgiu como uma alternativa ao sobrecarregamento do judiciário, permitindo o desafogamento deste, trazendo ao Ministério Público um direito subjetivo de propositura de acordo para resolução de delitos de médio potencial ofensivo.

A inovação se mostra benéfica se vista pela finalidade de tal instituto. Entretanto, sua previsão legal se deu em nítida afronta ao Direito ao Silêncio, garantia constitucional conquistada de forma tão árdua e que representou um enorme avanço na justiça penal.

A necessidade de confissão formal e circunstanciada do investigado para formalização da proposta o viola, uma vez que faz com que o investigado antecipe sua culpa para negociar sua liberdade e, em casos de descumprimento do acordo, faz com que este produza provas contra si e tenha um julgamento baseado em sua confissão.

Ainda que seja necessária uma maior celeridade na Justiça Penal Brasileira, de modo a reduzir os processos em trâmite, resolvendo delitos menores, por meio da justiça penal negociada e que o acordo venha para auxiliar tal demanda, nenhuma celeridade deve mitigar direito fundamental.

Dessa forma, o Acordo de Não Persecução Penal, no que tange ao requisito da confissão para sua formalização, deve ser objeto de reforma legislativa, de modo que haja uma proteção do direito fundamental ao silêncio, evitando-se, assim, um retrocesso democrático e a retomada da tortura psicológica como meio de obtenção de prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, M. T., & Fernandes, F. A. (2017). A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, 3(1), 253–284. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.4>

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**. Vol. 16, n.2, junho de 2003.

ARANTES, Caio Cesar. Justiça penal negociada no Brasil: uma análise do instituto sob os conceitos de ética e justiça aristotélica. **Conhecimento Interativo**, Brasil, v. 14, n. 2, p. 291-310, 2020. Disponível em: <http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/506>. Acesso em: 25 jun. 2023

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, Brasil, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 31 jul. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2018.29883>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883>. Acesso em: 24 jun. 2023.

BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal**: da Investigação até a Sentença. 1ª Edição. Curitiba. Editora Juruá. 2019.

BEM, Leonardo Schmitt de. **Os requisitos do acordo de não persecução penal**. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

BONOLDI, Márcia Maria Vargas Rojas. A colaboração premiada e a sua repercussão no ordenamento jurídico. **Revista Jurídica da Ajufesc**, Santa Catarina, v. 5, n. 5, p. 50-72, 2015. Anual. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Ma%CC%81rcia-Maria-Vargas-Rojas-Bonoldi.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BUSSI, Simone Loncarovich (2020). Sistema civil law e common law: aproximação e segurança jurídica. **Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania**, 7(7), 1476–1498. Recuperado de <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1697>.

CLAVERY, Elisa; PALMA, Gabriel; PARREIRA, Marcelo. Proposta de 'plea bargain' de Moro é retirada do pacote anticrime por grupo de trabalho da Câmara. **G1**, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/06/proposta-de-plea-bargain-de-moro-e-retirada-do-pacote-anticrime-por-grupo-de-trabalho-da-camara.ghtml>>. Acesso em: 28 jun. de 2023

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Comentários ao Pacote Anticrime**, Ed. Atlas, 2020.

FIGUEIREDO, Patrícia V.; JUNQUEIRA, Gustavo O D.; FULLER, Paulo H A.; et al. **Lei Anticrime Comentada: Artigo Por Artigo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555595512. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595512/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. “O direito ao silêncio na prisão em flagrante”, **Revista dos Tribunais**, v. 836 (jun. / 2005).

IZEL, Camila Arrusa. NASCIMENTO, Lucas Igor Lavareda. O acordo de não persecução penal e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, 2022. disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58262/o-acordo-de-no-persecuo-penal-e-a-sua-implementao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 06 de jul. de 2023.

JUNIOR, Aury Lopes. ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. **ConJur**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 29 de jun. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011

MACARIO, Vanessa. O condenado é obrigado a fornecer seu DNA para fins de identificação do perfil genético?. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-condenado-e-obrigado-a-fornecer-seu-dna-para-fins-de-identificacao-do-seu-perfil-genetico/849729819#:~:text=O%20artigo%20>>

9%2%BA%2D%20A%20da,mediante%20extra%C3%A7%C3%A3o%20de%20seu%20DNA.> Acesso em: 01 de jul. de 2023.

MENDES, Soraia da Rosa M. Pacote Anticrime: **Comentários Críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo : Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597025002. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/>. Acesso em: 29 jun. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NETO, Theodomiro Dias. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 19 (jul - set/1997).

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, 4ª edição**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6296-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/>. Acesso em: 05 jul. 2023.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Lohane Zile da Rocha. **O Direito Constitucional ao Silêncio: e seus reflexos no interrogatório**. 2017. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10776/1/LZRSantos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.

SANTOS, Luiza Louiza Q. Santos. **O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Consensual Brasileira**. 2021. TCC: Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2021.

SILVA, Grazielle Ellen. Juizado Especial Cível: histórico, objetivos e competência. **DireitoNet**, 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10522/Juizado-Especial-Civel-historico-objetivos-e-competencia>>. Acesso em: 27 de jun. de 2023.

SILVA, J. C. F. da; REIS, D. C. F.; SILVA, K. A. R. F. da. **Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal**. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, [S. L.], v. 12, n. 2, p. 81–97, 2020. DOI: 10.54275/raempce.v12i2.44. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/44>. Acesso em: 5 jul. 2023.

SILVA, Renan Lima Gomes Pereira. **A Suspensão Condicional da Pena e do Processo como Medidas Despenalizadoras**. 2022. TCC: Graduação em Direito. UniEvangelica, 2022.

SOARES, Fabiana de Souza Azevedo. **A propositura da suspensão condicional do processo no âmbito do Processo Penal**. 2017. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SOARES, Livia Ferreira Maioli. (2012). Os Estados liberal e social nas constituições brasileiras no tocante à ordem econômica. **Confluências | Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito**, 13(2), 110-130. <https://doi.org/10.22409/confliu13i2.p307>

SOUZA, T. S. L. de . DIREITO AO SILÊNCIO SELETIVO . **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. L.], v. 8, n. 11, p. 2360–2370, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i11.7827. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/7827>. Acesso em: 2 jul. 2023.

WÜRZIUS, Lara Maria Wilember. JUNIOR, Passos Tarcisio. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 551–568, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/52>. Acesso em: 23 jun. 2023.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Marmora. O direito ao silêncio: Evolução histórica do Talmud aos pactos e declarações internacionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, **rev. dos tribunais**, jul/set, 2004.

OS EQUÍVOCOS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

BEATRIZ ROSA REY¹

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa busca trazer o entendimento sobre o que é a teoria do domínio do fato e quais são suas particularidades e possíveis aplicabilidades, ou seja, quando ela é utilizada de maneira correta e quando não é. Já existem em nosso sistema penal algumas fundamentações baseadas nessa teoria, porém, em sua grande maioria, são realizadas de maneira equivocada, de modo que em muitos casos, a teoria acaba sendo utilizada na condenação para majoração da pena, o que faz com que o entendimento sobre ela fique ainda mais complicado.

A teoria surgiu na Alemanha e foi utilizada pela primeira vez em 1915, por Hegler, ele considerava o domínio do fato como um elemento da autoria, ou seja, ligada aquele que pratica o delito e somente aos requisitos materiais da culpabilidade, ou seja, imputabilidade, dolo e imprudência, assim como a ausência de causas excludentes de ilicitude.

No entanto ela teve Claus Roxin como um de seus principais estudiosos (1963), que, em seu estudo monográfico de livre docência, acabou por consolidar a teoria e a adesão majoritária da doutrina. (GRECO, LEITE, 2014, p.21)

O autor, já comentou alguns casos em que a teoria foi utilizada de maneira correta, como no caso de Fujimori (Peru) e no caso de Videla (Argentina), onde ambos ocupavam cargos de poder e atuavam dentro de um regime fascista, sendo utilizada a teoria do domínio do fato, através de provas, para condenar os presidentes como autores dos massacres que eles comandaram.

No Brasil, utilizamos a teoria unitária, no Código Penal brasileiro, em regra, sendo assim, todos que tomarem parte em uma conduta criminosa devem ser tratados como autores e incluídos nas mesmas penas, não existindo a figura da participação, de modo que todos os autores terão suas penas fixadas na medida de sua culpabilidade. A teoria empregada pelo legislador acaba implicando numa

1 Advogada. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Damásio de Jesus. (2021)

maior dificuldade na aplicação da teoria do domínio do fato, a qual foi utilizada em um dos casos mais famosos de corrupção no país, o Mensalão (AP 470).

No Brasil, existem exceções à regra geral adotada pelo Código Penal, são a teoria dualista e a teoria pluralista. Para a teoria dualista, existem dois delitos, um para os autores que praticam a atividade principal e outro para os partícipes que realizaram atividades secundárias, o que está descrito nos parágrafos 1º e 2º do artigo 29 do Código Penal.

Já a teoria pluralista, a participação é vista como autoria, onde cada agente pratica um crime autônomo, com tipificação diferente para cada autor que concorreu para o crime.

Sendo assim, pretende-se demonstrar com este estudo a real aplicabilidade dessa teoria e, principalmente, o porquê de ela enfrentar grandes dificuldades ao ser aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro.

2. O QUE É A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO?

No Brasil e em outros países há diferentes modelos para compreendermos as maneiras de intervir nos delitos, como o sistema unitário e o diferenciador. O sistema unitário é o adotado no ordenamento jurídico brasileiro, ele traz como principal ideia a igualdade nas contribuições causais ou a diferenciação no plano conceitual, porém prevê os mesmos marcos penais para todos.

Em 1984, com a reforma penal, o artigo 29 do Código Penal, estabelece que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, o que acaba por demonstrar uma ideia de que existe um só crime e que todos os agentes por ele respondem.

Cezar Roberto Bitencourt, fala sobre o tema e a respeito da reforma penal de 1984:

Adotou, como regra, a teoria monista, determinando que todos os integrantes de uma ação penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, como exceção, a concepção dualista, mitigada, distinguindo a atuação de autores e partícipes, permitindo uma efetiva dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada partícipe, na medida da culpabilidade perfeitamente individualizada. Os parágrafos do artigo 29 aproximaram a teoria monista da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação. (BITENCOURT, 2022, p.378)

Luiz Regis Prado (1999, p. 265), comenta que o Código Penal adotou a teoria monista de forma “matizada ou temperada”.

Para Zaffaroni (2002, p. 665), o fato do artigo 29 dispor que “quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, não pode ser entendido como se todos os que

concorrem para o delito fossem autores, e sim, que todos os que concorrem tem, a princípio, a mesma pena cominada para o autor.

Desse modo, é possível visualizar que o entendimento com relação a teoria unitária traz críticas, por conta da complexidade existente no fato de se determinar a igualdade nas condições daqueles que concorrem para um crime, a própria lei penal brasileira, demonstra exceções e até mesmo causas agravantes e atenuantes para a aplicação das penas.

Um exemplo disso, de acordo com Rogério Greco (2015, p. 482):

Existem outras exceções à regra da teoria monista localizadas na parte especial do Código Penal, a exemplo do crime de aborto, em que a gestante pratica o delito do artigo 124, e aquele que nela realiza, com seu consentimento, comete o delito do artigo 126.

Com relação ao sistema diferenciador, que é utilizado na Alemanha, país de Roxin, a diferenciação é realizada de várias formas, ou seja, as diferentes formas de intervenção no delito, desse modo há diferenciação entre autores e partícipes e são admitidos diferentes marcos penais.

Sendo assim, a teoria do domínio do fato visa essencialmente delinear os principais critérios de distinção entre autores e partícipes, o que demonstra estar alinhada com o sistema diferenciador.

A expressão “domínio do fato” teve sua primeira aparição em 1915, quando Hegler a utilizou para falar de culpabilidade. Em 1933, Lobe inseriu esta ideia na esfera da autoria, trazendo uma ideia mais próxima a de Roxin. Em 1939, Welzel se referiu à teoria se utilizando do “domínio final do fato” como um critério referente à autoria. (GRECO, LEITE, 2014, p.21)

Em 1963, Roxin, em seu estudo monográfico para livre docência, consolidou a teoria e conseguiu a adesão majoritária da doutrina. De acordo com o estudo deste autor, o problema que a teoria se disponibiliza a resolver é distinguir autor de partícipe, ou seja, ela não surgiu para determinar se o agente será ou não punido, e sim de que forma (como autor ou partícipe). Outro ponto importante, é o fato de que analisando o caso concreto, a teoria possibilita a exclusão da punibilidade de alguns agentes, de modo que dependendo de sua “contribuição” criminosa o mesmo pode ter sua punibilidade extinta.

Em seu artigo “A autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato”, Oswaldo Henrique Duek Marques diz: “A teoria do domínio do fato considera partícipes todos os que não praticam atos típicos de execução, desde que não possuam o controle final da ação dirigida ao resultado típico” (MARQUES, 2001, p. 156).

Uma questão importante é que no artigo 29 do Código Penal brasileiro é utilizada a teoria subjetiva causal ou extensiva, ou seja, não se exige, em nenhum

dispositivo legal, que essa distinção entre autor e partícipe seja feita, generalizando todas as contribuições para o crime como condutas de autor. Porém, como já demonstrado anteriormente, esse entendimento traz diversas críticas no nosso ordenamento jurídico pela dificuldade existente em igualar de maneira justa as condições de cada agente que concorre para o crime.

Já no Código Penal alemão, essa distinção deve ser feita obrigatoriamente, ou seja, é utilizada a teoria objetiva subjetiva. Na Alemanha, fixou-se na jurisprudência a teoria objetiva subjetiva de autoria e participação, que traz a diferenciação entre autor e partícipe e, além disso, a existência de vontade, ou seja, deve ser demonstrada a vontade de autor e vontade de partícipe.

Em breve análise de Direito Comparado, o artigo 25 do Código Penal alemão (ALEMANHA, 1975) dispõe que:

Parágrafo 25; Código Penal (StGB) ALEMÃO

Seção 25

Autores

(1) Qualquer pessoa que cometa o delito por si mesmo ou por meio de outrem será unido como autor.

(2) Se vários cometerem o crime juntos, todos serão punidos como autor (cúmplice).

Temos na doutrina alguns exemplos para demonstrar a diferenciação entre as espécies de vontade, sendo um dos mais famosos a sentença do Tribunal de Reich, no famoso “caso da banheira”, de duas irmãs. Uma delas estava grávida de um filho ilegítimo e, então, convenceu sua irmã de que o melhor a ser feito era matar o bebê por ser um filho indesejado. A irmã, ao ver o desespero da outra, afogou o bebê na banheira, sendo assim, ela acabou por cumprir o comando da mãe do bebê. Neste caso, a Corte entendeu pela condenação da irmã, mas não como autora do fato, e sim como partícipe. Isso ocorreu, com o fundamento de que o interesse “maior” com relação a eliminação do bebê era da mãe de modo que a tia estava apenas fazendo um “favor” para a irmã que, em linhas gerais, seria a real autora do crime.

Roxin fala sobre uma teoria normativa da combinação que, em linhas gerais, se trata de uma ideia onde o interesse próprio do agente na conduta acaba por demonstrar uma vontade de autor. Dessa forma, por mais que o sujeito não realize todos os elementos do tipo e acabe delegando isso para outra pessoa, em interesse próprio, através de provas, poderá sim ser considerado autor da conduta delitiva.

Outros casos bem interessantes citados por Roxin (2000), para entender melhor esta questão, são os casos Fujimori (Perú) e Videla (Argentina). Em ambos, eram pessoas que exerciam cargos de poder em governos fascistas e se utili-

zavam disso para ordenar atos criminosos. Após anos, conseguiram condenar os dois líderes.

Porém, é importante salientar o que o autor esclarece com relação aos casos. Ele diz que quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem, e isso deve ser provado. Do contrário, a mera posição de poder não serve para imputar a autoria (ROXIN, 2000). Sendo assim, a teoria deixa claro que não basta que a pessoa exerça cargo de poder, o que importa realmente é que a conduta delitiva seja devidamente comprovada através de provas.

Roxin, em 1963, na revista *Goltdammer's Archiv fur Strafrecht*, traz pela primeira vez ao mundo da pesquisa científica a expressão “aparatos organizados de poder”. Ela serve para explicar a figura de organizações verticalmente estruturadas dentro da teoria do domínio do fato, critério que se insere no domínio da vontade, uma das hipóteses da teoria.

Luís Greco e Alaor Leite (2013), em seu artigo “O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal”, explicam sobre a categoria “aparatos organizados de poder”:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, e não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados (GRECO; LEITE, 2013, p. 27).

A seguir, será explicado de maneira mais aprofundada sobre esse critério, porém o que se demonstra é que pessoas em níveis hierárquicos superiores ou em posições de comando, como nos governos autocráticos, organizações criminosas ou terroristas, são autores mediatos, ou seja, que se utilizam um ou mais indivíduos como mero instrumento para realizar a ação pretendida.

3. UMA REFLEXÃO SOBRE O COMPORTAMENTO HUMANO INDIVIDUAL E SOCIAL E A DIFICULDADE NA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS

Uma questão bastante pertinente para o tema é a reflexão realizada dentro da psicologia com a análise da psicologia individual e da psicologia social. Entende-se que fazer essa reflexão dentro do conceito da teoria do domínio do fato é importante, pois na vida do ser individual o outro é utilizado, muitas vezes, como um modelo, objeto, auxiliador e adversário. Assim, a psicologia sob a ótica do indivíduo acaba, num sentido mais amplo, se misturando com a psicologia social. Isso acaba se demonstrando por meio das influências que um ser humano possui com relação ao outro, já que, em sua esmagadora maioria, os seres humanos sempre pertencem a um grupo, tribo.

Desse modo, há uma real diferenciação do comportamento humano quando sozinho e quando em grupo, o que acaba implicando algumas vezes em certa dificuldade na individualização ou aplicação de penas.

A psicologia é uma ciência humana que procura principalmente, os impulsos e as intenções do indivíduo em suas ações de forma individual e coletiva, desse modo, é interessante destacar que dentro das análises psicológicas é surpreendente a mudança de pensamento, sentimento, atitude do indivíduo quando alinhado a uma multidão, fenômeno que é conhecido como “massa psicológica”.

Le Bon, em seu livro psicologia das massas dispõe sobre alma coletiva:

O fato mais singular, numa massa psicológica, é o seguinte: quaisquer que sejam os indivíduos que a compõem, sejam semelhantes ou dessemelhantes o seu tipo de vida, suas ocupações, seu caráter ou sua inteligência, o simples fato de terem se transformado em massa os torna possuidores de uma espécie de alma coletiva (BON, 1895, p.13)

Para demonstrar a complexidade existente na ideia de individualizar penas, um exemplo claro seria uma briga de torcidas, onde a dificuldade de se identificar e diferenciar as condutas é enorme e todos acabam sendo tratados como autores.

Freud fala de maneira abrangente em seu livro “Psicologia das massas e análise do eu e outros textos” o seguinte: “Sabemos hoje que um indivíduo pode ser posto num estado tal que, tendo perdido sua personalidade consciente, ele obedece a todas as sugestões do operador que a fez perdê-la, e comete os atos mais contrários a seu caráter e a seu costume. [...] o indivíduo, mergulhado há algum tempo no seio de uma massa ativa, logo cai - em consequência de eflúvios que dela emanam, ou por outra causa ainda ignorada - num estado particular, aproximando-se muito do estado de fascinação do hipnotizado nas mãos do hipnotizador.” (FREUD, 2011, p.22). Assim, pode-se entender melhor a grande importância da teoria do domínio com a diferenciação de autor e partícipe.

4. AS TRÊS MANIFESTAÇÕES DA IDEIA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Roxin (2000) fala sobre quatro espécies delitivas: a) delitos de domínio (aqui temos os crimes comissivos e dolosos); b) delitos de dever (temos os crimes próprios e omissivos); c) delitos de mão própria; e d) delitos culposos. Destes, apenas os delitos de domínio, ou seja, os crimes comissivos e crimes dolosos se encaixam na teoria do domínio do fato, a qual pode se manifestar de três maneiras concretas, que serão vistas a seguir.

a) Domínio da ação: autoria imediata. Esta manifestação acontece com o domínio da própria ação, o qual está naquele que realiza, em pessoa própria, todas as elementares do tipo, trazendo a figura de autor imediato. Um exemplo para ilustrar seria alguém que efetua um disparo para matar, ou seja, esta pessoa

tem o domínio da ação e, portanto, deve ser considerado autor imediato, mesmo que agindo a mando de alguém.

b) Domínio da vontade: autoria mediata. A segunda manifestação da teoria é o domínio da vontade. Aqui, temos um terceiro que acaba por ser reduzido como mero instrumento da ação, desse modo este comete o fato por meio de outra pessoa. Existem três desdobramentos importantes para essa manifestação da teoria, sendo eles: domínio por coação, domínio por erro e domínio da organização.

O primeiro, domínio por coação, traz a figura de um “homem da frente”, e isso significa que tal homem executa a ação por meio de coação de um outro homem que está por traz, que é aquele que provoca ou se aproveita da situação, tendo assim total interesse no cometimento do crime. Aqui, Roxin (2000) fala sobre o princípio da responsabilidade, que, em resumo, tem a ideia de culpabilidade mais as necessidades de prevenção especial positiva ou geral negativa. É, então, o que concluem Greco e Leite (2013, p.26): “O princípio da responsabilidade é, para Roxin, o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo excepcional, que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador”.

A segunda ideia é o domínio por erro. Para Roxin (2000), os erros podem ir do erro de tipo ao erro de proibição evitável.

Já o domínio da organização é o desdobramento mais importante do domínio da vontade. Roxin, se aprofundou na teoria do domínio da organização, com a finalidade de demonstrar a responsabilidade individual de superiores hierárquicos pelos crimes cometidos em governos totalitários.

O autor trouxe a teoria da organização através do estudo sobre o caso “Eichmann”, que se tratava do julgamento de um funcionário que trabalhou para o regime nazista, com atribuições de localizar e deter judeus desaparecidos e, após isso, os encaminhar para um campo de concentração. Curiosamente, Eichmann nunca matou diretamente nenhum dos judeus, ele apenas delegava a tarefa a seus subordinados. Sendo assim, Alexandre Rocha e Bruno Nazih (2019, p. 28), dispõem que:

a teoria da organização compreende ser verdadeiro autor mediato o indivíduo que se utiliza de uma organização verticalmente estruturada e dissociada da ordem jurídica para emitir uma ordem criminosa, cujo cumprimento é levado a cabo por executores fungíveis, que operam como verdadeiras engrenagens integrantes de uma máquina criminosa. (ROCHA, NAZIH, 2019).

Em resumo, aquele que é hierarquicamente superior e emite ordens não está isento de ser responsabilizado somente porque não foi ele que realizou as elementares do tipo.

Além disso, Roxin (2000) fala sobre três requisitos necessários para essa forma de autoria, são eles: a existência de um aparato organizado de poder, temos exemplos como: organização ilegal, paralegal, máfia, grupo terrorista, governo criminoso, sendo assim, uma figura que exerça posição de comando em organização verticalmente organizada; possibilidade de substituir os executores com facilidade; e a organização deve ser dissociada do direito, ou seja, deve ser ilegal.

Segundo Roxin (2000), o autor direto é submetido a grande pressão dentro de um aparato organizado de poder em comparação a um agente que não se encontra dentro de uma organização criminosa, isso não significa que sua responsabilidade penal deva ser excluída, mas o fato de existir uma ordem superior, contribui para uma maior probabilidade do delito ser cometido.

Um exemplo disso são as “mulas do tráfico”, que são pessoas que transportam as drogas para outros países arriscando suas vidas enquanto os grandes traficantes não se expõem, mas ainda assim atingem o seu objetivo de vender e distribuir as drogas.

Freud (2011, p.23), em “Psicologia das massas e análise do eu e outros textos”, fala sobre um ser que está sob a influência de outro: “Ele não é mais consciente de seus atos. Nele, como hipnotizado, enquanto certas faculdades são destruídas, outras podem ser levadas a um estado de exaltação extrema. A influência de uma sugestão o levará, com irresistível impetuosidade, à realização de certos atos”.

c) Domínio funcional do fato: coautoria. A terceira manifestação da teoria do domínio do fato vem com a ideia de que uma ação é organizada através da divisão de tarefas, ou seja, mais de uma pessoa necessita participar da ação.

De acordo com Greco e Leite (2013, p. 31), “Se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuírem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o domínio funcional do fato (*funktionale Tatherrschaft*), que fará de cada coautor do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca”. Dessa maneira, ambos os autores responderão pelo delito praticado, de forma igual, se a contribuição para o crime for de fato relevante. Por exemplo, sujeito A aponta uma arma para a vítima (artigo 146, CP), enquanto sujeito B toma sua carteira (artigo 155, CP), neste caso, a análise em separado é equivocada, pois os dois contribuíram de forma conjunta e relevante para a realização final do crime. Isso quer dizer que ambos devem responder como autores no crime de roubo, pois a carteira foi subtraída da vítima mediante grave ameaça (artigo 157, CP).

Conclui-se então que no domínio funcional do fato todos os agentes (coautores) tem o co-domínio ou domínio funcional do fato, o que demonstra uma atuação conjunta e baseada na divisão de tarefas entre os envolvidos na ação.

5. COMPARAÇÃO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL COM O ARTIGO QUE PREVÊ A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CÓDIGO PENAL ALEMÃO, O ARTIGO 25

Como já foi estudado e oportunamente falado, no ordenamento jurídico brasileiro é utilizada a teoria unitária, ou seja, todo aquele que concorre de forma causal para o crime é autor. As diferentes contribuições serão delimitadas pelo juiz no momento da aplicação da pena. O mais importante de se salientar é o fato de que, em uma teoria unitária, não há distinção entre autor e partícipe. Sobre esta teoria, Greco *et al.* (2014, p. 13) dispõem o seguinte:

Assim, o sistema unitário é aquele que (i) iguala todas as contribuições causais para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas (unitário formal); ou, (ii) que distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para as diferentes formas de intervenção. (GRECO,2014)

Em resumo, na teoria unitária, o crime praticado em concurso de pessoas não deixa de ser único. Dessa maneira, os autores, partícipes, cúmplices, instigadores etc. respondem todos como coautores do crime praticado e somente depois o juiz dispõe, na pena, sobre as contribuições de maior ou menor relevância para o crime. É o que diz o artigo 29, do Código Penal Brasileiro (1940):

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940)

Em seu artigo “A autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato”, o professor Oswaldo Duek Marques (2001, p. 157) diz:

Por esses motivos, não parece que a “medida da culpabilidade” prevista tenha por objetivo temperar a equiparação dos partícipes aos executores do crime, feita pela teoria restritiva, mas sim reforçar o princípio constitucional da individualização da pena para cada concorrente.

Em contraponto ao Código Penal Brasileiro, temos o Código Penal Alemão. Este último se utiliza de uma teoria diferenciadora para delimitar as contribuições delitivas, isso significa que a teoria acaba por diferenciar as várias formas de intervenção no delito e que o fato principal é a diferenciação entre autor e partícipe já na letra da lei.

Dessa forma, fica demonstrado que a aplicação da teoria do domínio do fato é muito mais fácil e aceita dentro do ordenamento jurídico alemão, visto tal diferenciação diretamente no Código Penal.

O Código Penal Alemão (1975) dispõe:

Parágrafo 25; Código Penal (StGB) ALEMÃO

Seção 25

Autores

(1) Qualquer pessoa que cometa o delito por si mesmo ou por meio de outrem será punido como autor.

(2) Se vários cometerem o crime juntos, todos serão punidos como autor (cúmplice). (CÓDIGO PENAL ALEMÃO, 1975).

Da análise dos dois dispositivos legais, é possível entender e chegar a uma conclusão sobre por que, no Brasil, a teoria do domínio do fato ainda é amplamente utilizada de maneira equivocada. É possível entender que uma das dificuldades está dentro da própria legislação, ou seja, quando se utiliza de uma teoria que generaliza as condutas e somente no momento da aplicação da pena, dependendo também da convicção do juiz, podemos ter essa diminuição ou majoração da pena de acordo com as contribuições delitivas. Não é de hoje que se pode observar os problemas com relação a aplicação da teoria na prática, e é nesse momento que o erro ocorre, porque os juristas acabam usando a teoria do domínio do fato como forma de majorar penas e Roxin (2000) deixa bem claro que a teoria não tem essa função, mas sim a de diferenciação entre autor e partícipe.

Na jurisprudência e doutrina brasileira, é possível identificar alguns erros com relação a teoria.

Pablo Rodrigo Alflen (2014), sem seu artigo “Teoria do domínio do fato na doutrina e jurisprudência brasileiras”, dispõe de maneira muito interessante sobre o assunto:

[...] embora não seja uma peculiaridade brasileira - é acentuado pelo fato de a doutrina penal brasileira - salvo raras exceções - manifestar um déficit de identidade, pois digere concepções dogmáticas estrangeiras, muitas vezes, de forma irrefletida e apartada do seu contexto.

Outro ponto interessante, são os exemplos da aplicação da teoria em julgados que ocorreram no sistema judiciário brasileiro.

Um exemplo disso ocorreu em um julgamento no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas onde a teoria do domínio do fato foi utilizada para fundamentar hipótese de coautoria no crime de roubo. No presente caso, duas pessoas se dirigem ao ponto de taxi e pedem ao taxista que os levem a determinado local, com a intenção de roubar o automóvel do taxista, porém, uma das pessoas aponta a arma para a cabeça do taxista e o outro com uma faca na mão, acaba por

feri-lo. Ambos foram presos e condenados pelo crime tipificado no artigo 157, parágrafo 2º, I e II do Código Penal.

O Tribunal entendeu que no caso descrito, o homem que portava a faca, não tinha o controle do carro no momento da fuga e não foi ele que pediu para a vítima parar o automóvel, porém, o fato de ter colocado a faca no pescoço da vítima deixou evidente que sua participação foi crucial para a consumação do crime.

Pablo Rodrigo Alflen (2014), dispõe sobre o assunto:

[...] o Tribunal se equivocou quanto aos critérios welzelianos do domínio final do fato, pois utilizou o critério próprio da autoria direta, a saber “o poder de decisão sobre a realização do fato”, para delimitação da coautoria. Para Welzel, o coautor não possui o poder de decisão sobre a realização do fato integral, mas o poder de decisão sobre a sua parcela de contribuição, daí dizer que a coautoria assenta na “decisão comum” e na divisão de papéis. Ademais, o critério da “participação decisiva” não integra a concepção de domínio final do fato, mas sim a concepção de Roxin, como o terceiro elemento delineado pelo jurista alemão para caracterização da coautoria, a saber, a “relevância da contribuição”. O Tribunal, inclusive, não esclarece o porquê de a contribuição de “C” ser considerada “decisiva” face à conduta de “T”, visto que “C” atuou com uma faca, quando a vítima já estava sob a mira da arma de fogo de “J”. Mesmo se se levasse em conta este último critério, para fins de coautoria, deveria ser demonstrada a imprescindibilidade da contribuição de “C”.

6. OS PRINCIPAIS EQUÍVOCOS COMETIDOS COM RELAÇÃO À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Diante do que foi demonstrado anteriormente, foi possível concluir que na legislação penal brasileira não há a diferença entre autor e partícipe como temos, por exemplo, na legislação penal alemã. E a teoria do domínio do fato traz como seu principal conceito essa distinção e demonstra a sua importância. Apesar disso, a doutrina majoritária, quando necessita fazer a diferenciação entre autor e partícipe, se utiliza da teoria.

Embora a ideia principal da teoria do domínio do fato seja a diferenciação entre autoria e participação, ela trouxe outras sérias contribuições para o tema concurso de pessoas e principalmente para o mundo jurídico. Alguns exemplos disso são a especificação da conduta dos coautores e a figura dos “aparatos organizados de poder”, que demonstram de maneira concreta que, independentemente do “chefe” realizar ou não as elementares do tipo e apenas mandar, de forma comprovada, ele deverá ser igualmente punido pela prática delitiva.

Podemos ver a aplicabilidade da teoria em casos extremamente famosos na América do Sul, como nos citados casos Fujimori (Perú) e Videla (Argentina), nos quais Roxin disse que a teoria do domínio do fato foi perfeitamente utilizada.

No Brasil, temos um caso muito emblemático onde a teoria foi utilizada de forma incorreta. O Supremo Tribunal Federal, em decisão da Ação Penal 470 (Mensalão), tentou de maneira errônea e utilizar da teoria para fundamentar a

condenação. Em 2005, foi instaurado inquérito com a finalidade de investigar suposto esquema de corrupção em que alguns membros do Congresso Nacional recebiam quantias mensais para apoiar diversas demandas relacionadas ao Governo Federal. No momento dos fatos alegados, José Dirceu, que presidia o Partido dos Trabalhadores, foi indiciado por supostos crimes, porém não tiveram comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos que lhe foram imputados e, dessa forma, a parte contrária, em suas alegações, pediu que subsidiariamente lhe fosse imputado para fins de condenação a teoria do domínio do fato.

No referido caso, a aplicação da teoria do domínio do fato se deu de forma errônea, de modo que foi utilizada para alegar que José Dirceu, simplesmente por exercer cargo de chefia, teria o domínio do fato da situação, ou seja, por ser chefe, ele sabia de tudo que acontecia dentro do Partido dos Trabalhadores, devendo por isso ser condenado como autor, e nesta condenação aparece a figura do mandante. Importante salientar que a teoria do domínio do fato não é destinada a aumentar penas ou determinar julgamentos, ela vem especialmente para diferenciar o autor do partícipe.

Assim, diante de tudo que fora exposto neste artigo, pode-se concluir que a fundamentação para a aplicação da teoria ao caso acima mencionado, é completamente errada, visto que a teoria do domínio do fato não tem por finalidade condenar ninguém. Outra questão importante é que não é só porque José Dirceu, à época, exercia cargo de chefia que ele teria conhecimento de todas as ações realizadas pelos membros do Congresso Nacional. Neste caso, havia uma grande fragilidade probatória com relação à autoria e materialidade no que tange à participação de José Dirceu, de modo que, não sendo comprovada, não há que se falar em aplicabilidade da teoria do domínio do fato, pois apenas a posição hierárquica do acusado, sem provas, não é o suficiente para fundamentar sua condenação. Com “mau uso” da teoria, acaba-se descredibilizando-a, restando a demonstrada falta de entendimento por parte daqueles que tentam aplicá-la.

Outro equívoco relacionado à teoria que é importante destacar é o fato de que muitas pessoas a entendem como uma possibilidade de aumento punitivo, ou seja, todos serão de qualquer forma condenados. Mas o que isso quer dizer? Se há em um ordenamento jurídico, uma diferenciação de autor e partícipe, entende-se que todos, na medida de sua conduta, serão punidos pelo crime, mesmo aquele que comanda e acaba não realizando de fato as elementares do tipo. Porém, é equivocado pensar dessa forma, como podemos ver no posicionamento de Greco e Leite (2013, p. 38):

Ela é, portanto, uma manifestação de um chamado conceito restritivo de autor: apenas o autor realiza diretamente o tipo, a conduta do partícipe só se torna punível em razão de um outro dispositivo legal, que opera como causa de extensão de punibilidade. (GRECO, LEITE, 2013)

Além disso, há outro importante desentendimento em relação a essa teoria, que se trata da aplicação quanto às espécies de crime. A teoria não se aplica a todas as espécies de delito existentes no nosso ordenamento jurídico nem aos delitos de mão própria, ou seja, somente uma pessoa determinada poderá praticar a conduta, como: o crime de falso testemunho; delitos culposos, que, em resumo, são aqueles praticados sem intenção; e os delitos de dever, que são aqueles em que ocorre uma violação de um dever. Alguns doutrinadores enxergam isso como uma espécie de fragilidade com relação à teoria.

Importante salientar que um dos equívocos que se pode identificar está ligado a ideia de que o mandante sempre será autor, a qual não é absoluta, pois, para que o mandante seja de fato penalizado como autor, é necessário que existam provas suficientes da contribuição do agente ao delito. Também se equivoca quem alega ou fundamenta alguma decisão dizendo que o agente que exerce posição de comando sempre será considerado autor. A posição que o agente se encontra não pode simplesmente condená-lo.

Pode-se analisar que esses equívocos ainda são cometidos por se tratar de uma teoria ainda não muito bem consolidada no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de ter surgido pela primeira vez em 1915, através de Hegler, ela ainda enfrenta muitas discussões e fragilidades.

Nossos Tribunais Superiores se utilizam dela em suas fundamentações demonstrando certa dificuldade no entendimento da real função da teoria. Como podemos ver nas palavras de Rangel Bento Araruna (2017, p. 193-194):

Todavia, cumpre aduzir que não há uma homogeneidade nos critérios adotados pelos Tribunais pátrios, havendo, por vezes, um certo descompasso com relação aos fundamentos assentados por Welzel e Roxin, muitas vezes misturando-se os conceitos de um e de outro, ainda que incompatíveis entre si. (ARARUNA, 2017)

Ou seja, entende-se que nossos Tribunais Superiores ainda não estão demonstradamente preparados para a utilização correta e consolidada da teoria do domínio do fato.

Da análise feita com este trabalho, serão enfrentados novos desafios até que a referida teoria seja realmente utilizada de maneira totalmente correta.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi estudado e demonstrado no presente artigo, pode-se concluir que a teoria do domínio do fato tem suas dificuldades na aplicabilidade ao ordenamento jurídico penal brasileiro, causando impasses em sua pacificação doutrinária. A teoria é realmente muito interessante e traz um avanço importante para o concurso de agentes, visto que a diferenciação entre autor e partícipe se faz muito importante, principalmente quando falamos em aparatos organizados de

poder. Nesses tipos de ação, sem a teoria, o que acaba acontecendo é que, de certa forma, são “protegidas” as pessoas que estão hierarquicamente acima de outras e, dentro de uma sociedade, isso é completamente injusto, já que, se todos contribuem de maneira igual para um crime, a punição, em regra, deverá ser a mesma. Agora, se a contribuição for menor, obviamente a punição deve ser menor, independentemente do nível hierárquico em que a pessoa se encontra.

Acredita-se aqui que, para a teoria ter uma aplicabilidade correta no Brasil, precisamos de uma adequação no nosso ordenamento jurídico a fim de que ela seja acolhida e utilizada da maneira correta.

Entende-se que nosso ordenamento jurídico sofre muitas influências de outros países e, por isso, muitas vezes nos equivocamos na aplicação de normas ou teorias, mas o nosso ordenamento tem perfeito potencial para conseguir se adequar à teoria aqui debatida, e muitos juristas já acreditam em tal aptidão.

Logo, o que falta é apenas uma melhor adequação das normas e dos entendimentos para que a teoria do domínio do fato seja utilizada de forma correta e abrangente no Brasil, ajudando ainda mais no princípio das individualizações da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Gabriel Mendes. A Teoria do Domínio do Fato. Evolução dogmática e principais características. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato>. Acesso em: 5 nov. 2022.

ALEMANHA. **German Criminal Code**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html. Acesso em: 5 nov. 2022.

ARARUNA, Rangel Bento. A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**, v. 1, n. 1, p. 145- 207. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.04.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol 1.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 5 nov. 2022.

BUSATO, Paulo César. CAVAGNARI, Rodrigo. A Teoria do Domínio Do Fato e o Código Penal Brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 175-208, jul./dez. 2017.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. v. 15.

GRECO, Luís; LEITE, Almor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

GRECO, L. *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco**. - 17. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2015.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 14, 2001. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2543381/Oswaldo_Henrique_Duek_Marques.pdf. Acesso em: 5 nov. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; NASSAR, Bruno Nazih Nehme. **Autoria como um conceito aberto**: teoria do domínio do fato, teoria da organização e o combate às novas formas de criminalidade no Brasil. São Paulo: Fronteiras Interdisciplinares do Direito, 2019.

NOVO, Benigno Núñez. O uso errado da teoria do domínio do fato no Direito Penal brasileiro. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/o-uso-errado-teoria-dominio-fato-no-direito-penal-brasileiro.htm>. Acesso em: 5 nov. 2022.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras**. Universitas JUS. v. 25, n.2, p.15-33, 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **Autoria y Domínio del Hecho en Derecho Penal**. 7. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 4º Ed. 2002, p. 665

A ILEGITIMIDADE DO TIPO PENAL DE TRÁFICO DE DROGAS

CLARA PRADO CAMPOS¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a legitimidade da criminalização do comércio de substâncias entorpecentes², sob o viés da teoria do bem jurídico sustentada por Claus Roxin e defendida também por outros teóricos como Luís Greco. Mas, antes de se abordar o objeto do artigo propriamente dito, faz-se necessário justificar a relevância e pertinência das considerações que serão traçadas nas linhas seguintes.

O leitor em princípio, ao se deparar com o título do artigo, talvez possa imaginar que a temática do tráfico de drogas já esteja saturada ou superada. Afinal, a “nova” lei de tóxicos (lei nº 11.343/06) já possui mais de 10 anos de vigência, assim como já existe, atualmente, uma jurisprudência bastante consolidada nos Tribunais Estaduais e Cortes Superiores acerca da matéria.

Contudo, um olhar mais cuidadoso acerca da questão permite perceber como a temática do tráfico de drogas segue muito presente na sociedade brasileira, por meio da mídia e outros modelos de discursos. Conforme ensina Marcelo Semer, em seu trabalho intitulado “Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento”³ há algumas décadas vige no país e no mundo um pânico moral que circunda a questão das drogas.

Em apertadíssima síntese, o autor demonstra como tal fenômeno permitiu o surgimento da figura estereotipada do traficante, não como mero infrator da lei, mas como verdadeira ameaça a todo o sistema de valores basilar da sociedade. A partir de tal construção, faz-se, recorrentemente, um uso político do pânico

1 Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2020). Assessora de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: clarapradocampos@gmail.com.

2 Adota-se a expressão comércio de entorpecentes para se referir ao tráfico de drogas de forma ampla. Isto é, à mercancia propriamente dita, assim como todas as demais ações contidas no tipo penal do art. 33 da lei nº 11.343/2006, as quais são evidentemente associadas a tal atividade, por exemplo manter em depósito, transportar etc.

3 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044. Acesso em: 24 out. 2022.

moral em relação às drogas e da consequente necessidade de se combater o mal consubstanciado na figura do traficante.

Como manifestação desse uso verifica-se a importância dada à temática da segurança pública nos discursos políticos dos candidatos aos cargos eletivos, tanto do legislativo quanto do executivo, fenômeno que pôde ser bem observado nas eleições de 2022. O pânico moral que circunda a ideia do traficante também tem como consequência a frequente criação e alteração de leis com o intuito de afagar os anseios punitivos da população, fortemente reforçados pela mídia. Nas palavras de Marcelo Semer:

Talvez a melhor expressão entre nós do pânico moral produzindo resultados nas agências de controle, e resultados dos mais expressivos, sobretudo para o agigantamento carcerário, tenha sido mesmo a criação e as sucessivas reformulações da Lei dos Crimes Hediondos, sempre antecedidas de intensas campanhas de mídia, com o pretexto de crimes com imensa repercussão –nesse ponto, há de se aquilatar o expressivo papel da mídia, sobretudo na criação das agendas e na estipulação dos temas que geram a comoção. A Lei dos Crimes Hediondos foi uma espécie de prenúncio da pujança do populismo penal que viria em seu cortejo e, de certa forma, um sepultamento precoce do minimalismo e garantismo que se desenhavam na Constituição de 1988. A LCH foi a representação condensada do movimento Lei e Ordem, realizando praticamente toda a sua pauta: penas mais rígidas, abandono da ressocialização (com a obrigação do cumprimento da pena em regime fechado integral), ampliação da prisão cautelar, vedação a indulto etc. **Até os dias de hoje, mesmo em se considerando as aparas que o STF acabou fazendo na lei, continua não apenas como um divisor de águas como o objeto de desejo do legislador punitivista, mas como exemplo primaz da intensa influência das campanhas de mídia para a sua aprovação. Acompanhem a narrativa do processo de sua aprovação, em concomitância com as notícias que vinham sendo divulgadas.**⁴ (grifos nossos)

Ademais, nessa mesma lógica, constata-se o uso reiterado da questão das drogas como pretexto de validação para ações truculentas das polícias, e até mesmo das forças armadas, especialmente em comunidades mais pobres e marginalizadas. Ou seja, o pânico moral que circunda o comércio ilícito de entorpecentes apresenta ainda hoje grande influência na mídia, nos discursos políticos, na elaboração de políticas públicas, nas reformas legislativas que visam mitigar direitos e garantias tradicionais do direito penal, e até mesmo na forma de atuação do poder judiciário. A esse respeito destaca Marcelo Semer que:

[...] os países da América Latina se contentaram com a reprodução de dinâmicas regressivas contra o inimigo interno, **com a demonização da figura do traficante. A demonização foi de tal monta que gerou, entre seus subprodutos, a enorme resistência política e jurídica ao estabelecimento e aplicação de medidas desencarceradoras ao pequeno traficante.** De outro lado, a despeito da situação de vítima, o usuário nunca deixou de receber uma reprovação moral e contra ele também se dirige a demonização para o seu bem, inclusive nos tempos

4 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento.** 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044. Acesso em: 24 out. 2022. p. 138-139.

recentes com a reintrodução no debate, e na ação político-jurídica, da ideia de internação compulsória.⁵ (grifos nossos)

As consequências do fenômeno acima esboçado podem ser constatadas de forma bastante objetiva por meio da avaliação dos dados sobre a população carcerária do Brasil. Em consulta ao site Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN tem-se acesso ao 11º Ciclo - INFOPEN (jul-dez 2021), obtém-se a informação de existiam, no período analisado, 833.176 pessoas presas no país, sendo 219.399⁶ delas em razão dos crimes de tóxicos.

Consoante, os gráficos extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁷, atestam que os presos em razão de drogas correspondem a 29,41% de toda a população carcerária dos presídios estaduais. Já nos presídios federais, a estatística é ainda mais elevada, eis que os presos pelos crimes da lei de tóxicos correspondem a 32,81% do total.

Diante do cenário traçado acima, fica claro que a questão do tráfico de drogas segue muito relevante na atualidade, apresentando efeitos concretos, notadamente, uma significativa contribuição para o fenômeno do hiperencarceramento. Sendo assim, considerando os efeitos práticos e simbólicos da criminalização do comércio de entorpecentes, entende-se ser de suma importância a perquirição acerca da legitimidade da própria tipificação do delito de tráfico.

Nesse contexto, o presente trabalho almeja investigar acerca da legitimidade, ou ilegitimidade, da proibição do comércio de drogas ao analisar se o tipo penal de tráfico de drogas (art. 33 da lei nº 11.343/06) tutela, de fato, bem jurídico penalmente relevante.

2. O BEM JURÍDICO DO TIPO PENAL DE TRÁFICO DE DROGAS

2.1. TOMADA DE POSIÇÃO QUANTO À TEORIA DO BEM JURÍDICO

Para que se possa fazer a análise apontada na introdução, é preciso que seja explicitada a concepção de bem jurídico com a qual trabalhar-se-á no presente artigo. Defende-se, em primeiro lugar, que o conceito de bem jurídico tenha um caráter eminentemente crítico, com base no qual será analisada a legitimidade da lei positivada numa perspectiva *ex ante*. Isto é, o conceito de bem jurídico deve

5 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044. Acesso em: 24 out. 2022. p. 150.

6 Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06) - 179.195 pessoas; Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) - 32.025; Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06) - 8.179 pessoas.

7 BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - DEPEN**. [2021] Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTMwZGI4NTMtMTJjNS00ZjM3LTlhOGQrZjlkZmRlZTEyMTcxliwidCI6ImViMDkwN-DlwLTQ0NGMtNDNnNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 02 nov. 2022.

operar como verdadeiro termômetro das normas penais, de modo que, a incriminação será legítima somente se tutelar bem jurídico penalmente relevante.

Por conseguinte, rechaça-se a instrumentalização do conceito de bem jurídico como forma de legitimar a obra do Legislador. Em outras palavras, a teoria do bem jurídico deve servir como instrumento de controle da produção legislativa e não como mero mecanismo de legitimação, fundamentação ou justificação das decisões do Legislador. Nas palavras de Luís Greco:

Afinal, o que se busca é uma concepção de bem jurídico capaz de servir de diretriz político-criminal para o legislador, e não de instrumento de melhor compreensão do direito vigente. A dificuldade está no fato de não se poder recorrer à lei penal para formular esse conceito, uma vez que o conceito tem de servir de parâmetro para criticá-la; tem-se, por isso, de procurar outro ponto de apoio, superior à lei, ou ao menos externo a ela.⁸

Uma vez delineada a função da teoria do bem jurídico adotada, no presente trabalho, passa-se a apontar seus elementos constitutivos. A rigor, se só é legítima a proibição que visa a proteção de bens jurídicos, é de suma importância investigar quais seriam esses bens que autorizam a proibição de comportamentos pelo Estado sob ameaça de pena.

Ao perquirir acerca da questão, Claus Roxin anuncia que:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.⁹

A partir de tal compreensão, Roxin traz a seguinte definição de bem jurídico, com fulcro na qual será analisada a problemática objeto do presente trabalho:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.¹⁰

É relevante apontar que o conceito acima colacionado atribui um caráter eminentemente limitador ao bem jurídico, como instrumento de contenção do poder de punir do Estado, da mesma forma que reforça a subsidiariedade do Direito Penal. Cumpre ainda mencionar que o supracitado Professor deixa claro

8 GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 249-276. 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=75498. Acesso em: 15 out. 2022. p. 253

9 ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Fundamento do Direito Penal*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 16-17.

10 ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Fundamento do Direito Penal*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18-19.

que a concepção delineada supra não restringe os bens jurídicos a bens meramente individuais, eis que reconhece a importância de bens jurídicos da generalidade para uma vida livre e segura do ser humano.

Destarte, apresentada a base sobre a qual se ergue este artigo, fixam-se as seguintes premissas para que se possa, finalmente, iniciar a análise da legitimidade do crime de tráfico: i) A função do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos¹¹; ii) O bem jurídico opera como parâmetro de elaboração e crítica da lei penal e, por conseguinte, atua como instrumento de limitação do poder de punir estatal.

2.2. *É LEGÍTIMA A CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS?*

Com a finalidade de se facilitar a obtenção de uma resposta satisfatória à pergunta título do presente tópico é interessante reescrevê-la da seguinte maneira: o tipo penal do art. 33 da lei nº 11.343/06 tutela bem jurídico penalmente relevante? A estratégia adotada se justifica eis que, conforme já discutido nos tópicos anteriores, só poderá ser considerada legítima incriminação que tutelar bem jurídico penalmente relevante.

Não se ignora que, segundo a opinião dominante, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal sob análise é a saúde pública. Contudo, partindo-se da finalidade crítica do conceito de bem jurídico acima delineada, o presente trabalho almeja investigar se tal assertiva pode ser de fato considerada procedente.

Isso posto, responder-se-á à pergunta acerca da legitimidade do tipo penal de tráfico de drogas por meio de duas etapas distintas. Em primeiro lugar, investigar-se-á se a saúde pública pode ou não ser tida como bem jurídico penalmente relevante, em segundo lugar, analisar-se-á se a criminalização do comércio de entorpecentes efetivamente tem como bem jurídico tutelado a saúde pública.

2.2.1. **A Saúde Pública Como Bem Jurídico**

A saúde pública, evidentemente, não constitui um bem jurídico tradicional do Direito Penal “clássico”, dentre aqueles idealizados pelos penalistas do Iluminismo, ela é, por outro lado, caracterizada como bem jurídico coletivo. Esta última modalidade se atrela, em maior intensidade, ao chamado Direito Penal

11 Esta es la cuestión acerca del “concepto material de delito”, es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el “concepto formal de delito”, que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio polítrícocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como “**protección subsidiaria de bienes jurídicos**”. [...] ROXIN, Claus. Derecho penal - parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t.I, Madrid: Civitas. 1997.p.51

“moderno”, marcado por uma maior familiarização com interesses supraindividuais, crimes de perigo abstrato, normas penais em branco etc.

Nesse contexto da modernidade, há que se ter bastante cautela com a crescente criação de tipos penais destinados a proteger os chamados bens jurídicos coletivos, pois existe forte risco de que, nesses termos, o bem jurídico perca seu caráter limitador do poder punitivo e, inversamente, passe a atuar de forma a impulsioná-lo. Luís Greco expõe essa preocupação de forma esclarecedora:

Os bens jurídicos coletivos facilitam a vida do legislador. Toda vez que o legislador postula, ao invés de um possível bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada incriminação, consegue ele justificar mais facilmente uma proibição ou consumação antecipada, uma proibição mais extensa, pela irrelevância do consentimento, e um marco sancionatório mais severo.¹²

Os exemplos deixam claro o problema: o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam *prima facie* justificáveis se tivéssemos apenas o bem jurídico individual. Isso tem levado parte da doutrina a lançar um ataque aos bens jurídicos coletivos, que se move em diversos planos.¹³

Reconhecida a problemática acima exposta, exsurge a necessidade da construção de critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos. Greco¹⁴, ao analisar a questão, elaborou um método muito interessante para que se possa definir, ainda que preliminarmente, quais bens podem integrar a categoria dos bens jurídicos coletivos. O referido método apresenta três regras, as quais serão trabalhadas a seguir.

A regra nº 1 é denominada teste de circularidade. Defende o Professor que a mera intenção de respaldar a incriminação criada pelo Legislador não constitui fundamento para a postulação de um bem jurídico coletivo. Isto é:

Justificar um dispositivo penal não é nunca uma razão suficiente para postular um novo bem jurídico. Um bem jurídico capaz de exercer uma tal função de controle, e que não se esgote numa mera reafirmação circular de que o legislador está sempre certo, tem de ser algo valioso por razões independentes do mero fato de que há uma proibição em sua defesa. O bem é protegido porque valioso, e não valioso porque protegido.¹⁵

12 GRECO, Luís. **Existem Critérios Para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos? Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP. p. 433-463. 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 434.

13 GRECO, Luís. **Existem Critérios Para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos? Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP. p. 433-463. 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 02 nov. 2022. 436.

14 GRECO, Luís. **Existem Critérios Para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos? Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP. p. 433-463. 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 02 nov. 2022

15 GRECO, Luís. **Existem Critérios Para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos? Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP. p. 433-463. 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 441.

Especificamente em relação ao tipo penal sob análise, é comum a argumentação de que o delito do art. 33 da lei nº 11.343/06 precisa tutelar a saúde pública, pois sem tal bem jurídico a norma se configuraria como mera materialização do paternalismo estatal. Em outras palavras, os que manejam esse argumento acreditam que sem a identificação do bem jurídico coletivo a incriminação seria uma limitação indevida da liberdade individual.

A primeira regra proposta pelo Professor se justifica precisamente pela função crítica da teoria do bem jurídico já tratada neste trabalho. Por conseguinte, a saúde pública não pode ser elevada à categoria de bem jurídico coletivo apenas para garantir que a incriminação do comércio de entorpecentes não seja tida como uma intromissão injustificada na esfera da autonomia privada.

A regra nº 2 foi batizada de teste da divisibilidade. Enuncia Luís Greco que os bens jurídicos coletivos são bens indivisíveis e não bens de um número indeterminado de indivíduos. Ou seja, os bens jurídicos coletivos precisam compreender uma entidade coletiva diversa, que se distinga da soma de bens jurídicos individuais.

Sob esse escopo, o autor entende que a saúde pública não seria nada mais do que a soma de todas as saúdes individuais, bem como que inexistiria um corpo coletivo que poderia ser saudável ou enfermo, de forma independente. É válido ainda mencionar, brevemente, que Greco reconhece a fragilidade da argumentação de natureza ontológica que permeia a regra nº 2.

Tal fragilidade decorre do fato de que a afirmação da existência ou não de um corpo coletivo compreendido pelo bem jurídico saúde pública, pode ser facilmente superada pela indicação de uma entidade indivisível. Por exemplo, neste caso, poder-se-ia apontar o interesse do Estado em manter seus cidadãos saudáveis. Em que pese a vulnerabilidade indicada no argumento, a regra nº 2 ao lado das demais ainda constitui parâmetro relevante para uma melhor identificação dos bens jurídicos coletivos.

Finalmente, a regra nº 3 é denominada teste da não especificidade. Defende-se que não haverá um bem jurídico coletivo quando a lesão à coletividade sempre for mediada por uma lesão a um bem jurídico individual. Nessas circunstâncias, a lesão à coletividade ocorre de forma reflexa e posterior, e não como consequência principal da conduta criminosa.

No seguinte excerto, o autor explicita de forma bastante clara a distinção entre os casos nos quais a lesão ao ente coletivo se dá de forma direta e nos casos em que ela se dá de forma indireta:

Pode-se perguntar por quê. Parece que, no Direito Penal, os bens jurídicos coletivos se manifestam de duas maneiras. O primeiro grupo, ao qual pertencem os bens jurídicos dos delitos de corrupção e também os dos delitos contra a administração da justiça, de falsificação de moeda,

de proteção do Estado e contra o meio ambiente, se manifesta, por assim dizer, de modo direto. A agressão a esses bens só pode ser imaginada como uma agressão direta, a afetação colateral de um ulterior bem individual pelo mesmo comportamento proibido é algo meramente contingente. Um falso testemunho pode ter por consequência uma lesão à liberdade individual ou ao patrimônio de uma das partes no processo, mas isso não tem necessariamente de ocorrer. Os bens coletivos do segundo grupo, por sua vez, não se manifestam jamais de maneira direta, mas sempre mediados por outro bem jurídico mais preciso, (em regra) individual. A agressão a esses bens, contrariamente ao que ocorre no primeiro grupo, só pode ser imaginada como agressão indireta, porque seu objeto imediato é sempre o bem individual mais concreto. A afetação do bem coletivo se esgota num reflexo dessa afetação ao bem individual. Tal é o caso em bens como a propriedade enquanto instituição social, na saúde pública e também na segurança em suas várias formas. Esses bens parecem não poder ser diretamente atacados de modo penalmente relevante. A agressão penalizável à instituição da propriedade ou à segurança do trânsito tem sempre que simultaneamente dirigir-se a bens dos indivíduos.¹⁶

Na hipótese do bem jurídico saúde pública, em tese tutelado pelo tipo penal do art. 33 da lei nº 11.343/06, observa-se que sempre haverá uma lesão ao bem jurídico individual integridade física daquele que consome o entorpecente, antes que se possa cogitar em uma lesão à sociedade.

Feita a exposição das três regras que compõem o método de Luís Greco, cumpre aplicá-las ao tipo penal específico objeto do presente trabalho. Em primeiro lugar, com base no teste da circularidade deve-se rejeitar qualquer argumentação no sentido de que a criação do bem jurídico saúde pública se justifica para validar, respaldar ou legitimar o tipo penal de tráfico de drogas.

Em segundo lugar, verifica-se que o bem jurídico saúde pública, no caso do art. 33 da lei nº 11.343/06 não passa no teste da divisibilidade. Isso porque é impensável que exista algo como um corpo público da saúde, que extrapole a soma da saúde de cada pessoa tida individualmente. Sob essa perspectiva, a saúde pública se difere muito, por exemplo, do bem jurídico coletivo administração da justiça.

Fica claro que embora seja do interesse de todos o devido funcionamento da justiça, não existe uma justiça individual para cada pessoa, mas tão somente uma ideia global e sistêmica de justiça, um corpo coletivo. Com base nessa comparação fica bastante evidente a questão da indivisibilidade dos bens jurídicos coletivos, a qual não se verifica na saúde pública, neste caso.

Finalmente, em terceiro lugar, constata-se que a saúde pública também reprova o teste da especificidade. É razoável admitir que a venda e o consumo de drogas possam de fato acarretar algum prejuízo à coletividade, aumentar os gastos com saúde e/ou segurança pública etc, contudo tais lesões são meramente

16 GRECO, Luís. **Existem Critérios Para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos? Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia.** São Paulo: FGV Direito SP, p. 433-463. 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 445.

reflexas. Sem dúvidas, a lesão primária causada pela venda de entorpecentes é dirigida àquele que faz o uso das substâncias entorpecentes. Por conseguinte, não se verifica no crime em questão uma lesão a um bem jurídico coletivo, mas sim uma lesão direta ao indivíduo consumidor.

Destarte, com base nos parâmetros acima expostos é possível concluir que a saúde pública não se configura como um bem jurídico coletivo penalmente relevante. Em decorrência disso, partindo-se das premissas inaugurais do presente artigo, tem-se que o tipo penal do art. 33 da lei nº 11.343/06 não constitui uma proibição legítima porque não tutela bem jurídico penalmente relevante.

2.2.2. Outras Restrições à Tipificação do Comércio de Entorpecentes

Após a demonstração de que a saúde pública não configura bem jurídico coletivo, o leitor talvez questione se o tipo do art. 33 da lei nº 11.343/06 não poderia, então, estar tutelando algum bem jurídico individual como a integridade física, ou a dignidade da pessoa humana do próprio usuário de drogas. A resposta é mais uma vez negativa.

Em um Estado Democrático de Direito o direito penal possui uma finalidade muito clara, qual seja, ele: “[...] deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.”¹⁷. Sob esse escopo, tem-se que compete ao Estado tão somente evitar lesões a outros, terceiros.

Isto é, rejeita-se a ideia paternalista de que o direito penal tem a missão proteger o indivíduo contra si mesmo, ressalvada, evidentemente, a hipótese dos inimputáveis ou semi-imputáveis, como os menores de idade ou pessoas portadoras de sofrimento mental.

Voltando-se à questão da venda de entorpecentes, tem-se que a autolesão não pode ser punível, tampouco a instigação ou auxílio à autolesão de adulto plenamente capaz. Em outras palavras, defende-se ser ilegítima a criminalização do uso de drogas, bem como do seu comércio destinado a indivíduos plenamente capazes.

Acerca da autolesão consciente Claus Roxin disserta:

Muitas pessoas expõem-se a perigo: através de maus hábitos alimentares, do fumo, do álcool ou de outras atividades arriscadas, como a condução de automóveis velozes ou a prática de esportes perigosos. Esses comportamentos e a sua promoção por terceiros não constituem um objeto legítimo do direito penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado

17 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32.

contra sua vontade. O que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua auto-realização, que em nada interessa ao Estado.¹⁸

Diante da inviabilidade da punição de condutas autolesivas, conclui-se que o tipo penal do art. 33 da lei nº 11.343/06 também não tutela nenhum bem jurídico individual, fato que apenas reforça a legitimidade da incriminação já apontada.

Outro ponto a ser destacado, ainda neste tópico, é a vedação à proibição de cunho meramente moral, atrelada ao papel simbólico do direito penal. É cediço que a pena, sob a perspectiva da prevenção geral positiva, tem também como finalidade a reafirmação de valores tidos como importantes por uma dada sociedade. O problema ocorre quando não se consegue verificar, por trás da função simbólica da norma penal, a finalidade de tutela de algum bem jurídico.

No caso do crime de tráfico de drogas, conforme já exaustivamente afirmado, não se verifica uma lesão a algum bem jurídico coletivo, mas tão somente uma possível lesão àquele que decide consumir substâncias entorpecentes. Por conseguinte, não se vislumbra de que forma a proibição do comércio de drogas seria relevante para a obtenção de uma sociedade livre e igualitária.

O que se observa, no caso das drogas, é que o grande tabu que ainda circunda a questão permite que haja a criminalização da conduta com fulcro em concepções puramente morais. Sobre o assunto disserta Túlio Viana:

Há um princípio fundamental do Direito Penal que impede que condutas sejam criminalizadas simplesmente por questões morais. Crimes só podem existir em um Estado Democrático de Direito para evitar condutas que lesem ou coloquem em risco interesses jurídicos de terceiros. Não se pode punir alguém por uma auto-lesão. O uso da maconha por pessoas maiores e capazes não lesa mais que a própria saúde. E o vendedor da maconha, assim como o vendedor de cigarros e de bebidas alcoólicas, nada mais é que um comerciante que atende à demanda pelo produto.¹⁹

Frente ao exposto, tem-se que a proibição do comércio de drogas não pode se assentar puramente numa valoração moral acerca da temática. Isto é, ainda que a maioria da população considere a venda e/ou uso de entorpecentes como algo incorreto, moralmente reprovável, tal fato por si só não enseja a criminalização da prática. Em uma democracia, há que se conviver com práticas com as quais se discorda.

Finalmente, é importante também tratar do princípio da subsidiariedade. Ainda que se considere que um determinado bem deve ser objeto de proteção estatal, o direito penal só poderá ser utilizado como instrumento de salvaguarda destes bens subsidiariamente. Ou seja, quando as formas menos gravosas de tutela se mostrarem ineficientes.

18 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 44.

19 VIANNA, Túlio. **Um outro direito**. Fórum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 67.

Nesse cenário, ante a existência de opinião dominante no sentido de que o tipo do art. 33 da lei nº 11.343/06 atua na custódia da saúde pública, é preciso refletir se o referido tipo é a forma mais eficiente e menos penosa de salvaguardar tal bem. Frente à ausência de um “corpo” público da saúde, ter-se-á como referência o verdadeiro alvo da lesão, qual seja, a saúde do próprio usuário.

Sob esse enfoque, não parece que a proibição seja a forma mais eficaz de proteger o indivíduo. É razoável imaginar que ao tornar ilícito o comércio das substâncias entorpecentes, cuja demanda é alta e constante, está-se, na realidade, estimulando o surgimento do crime organizado destinado ao lucrativo comércio dessas substâncias. Em decorrência disso, o usuário fica exposto a situações de risco de violência ao ser levado a consumir drogas vendidas por tais organizações.

Além disso, a criminalização torna o controle de qualidade das drogas absolutamente inexistente. Por conseguinte, os usuários sequer têm ciência da composição dos entorpecentes que consomem, fato que torna a prática ainda mais arriscada. Ademais, aqueles usuários que apresentam quadros de vício são desestimulados a buscar ajuda, seja pelo constrangimento social, seja pelo medo da punição, já que, na prática, vê-se muitos usuários condenados como se traficantes fossem.

Destarte, com as considerações acima expostas, ainda que bem sucintas, já é possível perceber com clareza que a criminalização do comércio de entorpecentes mais atrapalha do que contribui para a salvaguarda da saúde dos usuários de drogas. Logo, sob a égide do princípio da subsidiariedade, tem-se que a tipificação constitui meio demasiadamente gravoso e incapaz de cuidar do problema que se propõe enfrentar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme já adiantado na introdução, não pairam dúvidas de que, na atualidade, o tráfico de drogas ocupa posição de grande destaque no cenário Brasileiro. Tal destaque se verifica, por exemplo, no elevado número de encarcerados em virtude de condenações por esse crime, na excessiva e sensacionalista cobertura jornalística, na crescente relevância da segurança pública no discurso político, especialmente voltada ao combate ao tráfico organizado etc.

Frente à relevância concreta do tráfico de drogas na realidade brasileira, impõe-se realizar reflexão sobre a legitimidade da proibição do comércio de entorpecentes. Com base nos argumentos trabalhados neste artigo, chega-se à conclusão de que tal proibição é ilegítima porque o tipo penal do art. 33 da lei nº 11.343/06 não tutela nenhum bem jurídico penalmente relevante, seja ele coletivo ou individual.

Embora defenda-se que é ilegítima a criminalização do comércio de entorpecentes, não se está aqui tratando como inexistentes as consequências nocivas de tal prática. É cediço que o crime organizado constitui um sério problema hoje no país, porém em um Estado Democrático de Direito não se deve dar azo a argumentos consequencialistas.

Isto é, não se pode admitir que para a consecução do nobre fim de combate ao crime organizado se subverta as premissas básicas da ordem democrática. Ademais, olhando-se a questão sob um viés mais prático, é razoável imaginar que descriminalizar a venda das drogas acarretaria, ao menos, uma redução significativa das fontes de renda dessas organizações.

Da mesma forma, não se desconsidera a existência de diferentes tipos de usuários de drogas, tampouco a gravidade da situação daqueles que são drogadictos. Contudo, com esteio no princípio da subsidiariedade, tem-se que a criminalização está longe de ser a forma mais eficiente e menos gravosa de lidar com essa questão, até mesmo porque desconsidera a existência de indivíduos que fazem uso meramente recreativo e têm vidas absolutamente funcionais.

Destarte, propõe-se que uma vez estabelecida a ilegitimidade da proibição do comércio de entorpecentes entre adultos plenamente capazes, possa-se voltar os esforços para a construção de verdadeiras e efetivas soluções para os problemas acima expostos.

Por fim, entende-se ser importante fazer uma ressalva quanto à conclusão acima exposta. Ao refletir acerca da saúde pública como objeto da tutela penal chegou-se à conclusão de que ela pode assumir diferentes características a depender da conduta que se objetiva proibir sob a ameaça de pena.

Explica-se. Por todos os argumentos já trabalhados no presente artigo entende-se estar seguramente demonstrado que a saúde pública não pode ser identificada como bem jurídico no caso do tipo penal de tráfico de drogas. Contudo, suspeita-se que a saúde pública não possa ser plenamente descartada como bem jurídico penalmente relevante.

A pandemia causada pelo Covid-19 trouxe para a vivência cotidiana uma percepção inédita e absolutamente coletiva de saúde pública. Isso porque o ato de não se vacinar acarreta, naturalmente, um prejuízo ao próprio indivíduo, mas também um dano coletivo, difuso e não individualizável. Tal efeito se dá pelo fato de que o avanço da doença só poderia ser barrado por meio de uma vacinação ampla, de boa parte da população.

Assim sendo, pode-se pensar que a recusa da vacinação não causa um dano a um terceiro específico, de forma individual, mas sim à saúde pública, numa perspectiva coletiva. As referidas considerações acerca da saúde pública tratam-se

apenas apontamentos preliminares, os quais dependem de uma maior reflexão para que se possa tomar uma posição segura, como aquela estabelecida no caso do tipo penal de tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, 1994. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=12868. Acesso em: 14 out. 2022.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades, São Paulo, n. 1, p. 16-29. 2009. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71363. Acesso em: 10 out. 2022.
- BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - DEPEN. [2021] Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTMwZGI4NTMtMTJjNS00ZjM3LTljOGQtZjlkZmRlZi00MTcxIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNlMmNy05MmVWYyYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 02 nov. 2022.
- GRECO, Luís. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal**. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 249-276. 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=75498. Acesso em: 15 out. 2022.
- GRECO, Luís. **Existem Critérios Para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos? Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia**. São Paulo: FGV Direito SP. p. 433-463. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5>. Acesso em: 02 nov. 2022.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal - parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. t.I, Madrid: Civitas. 1997.
- ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2ª ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Fundamento do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044. Acesso em: 24 out. 2022.
- VIANNA, Túlio. **Um outro direito. Fórum**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CUSTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL COMO POLÍTICA CRIMINAL E PERSECUTÓRIA

EVANDRO DOS SANTOS FREIRES¹

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno criminal é um acontecimento multifacetado, que modifica o entorno social de diversas formas, seja por decorrência direta da sua prática, ou mesmo por conta da forma escolhida para o seu tratamento.

A sociedade, por meio do Estado, no ímpeto de compensar o bem-estar abalado pela prática criminosa, se comporta de uma forma, qual seja, estruturando uma política criminal voltada a este fim, a qual foi construída em torno de um modelo persecutório-punitivo de tratamento do conflito.

No caso brasileiro, supostamente, a política criminal persecutória-punitiva foi concebida e tem como uma de suas expressões o ideal de obrigatoriedade da ação penal, o qual, embora não expresso, pode ser extraído por alguns excertos normativos.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por expectativa a análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal, realizando uma coleta de material bibliográfico para que se constate se, de fato, este se aplica em nosso ordenamento da forma rígida e inflexível como apregoado, qual seja, como correlação direta da constatação, por parte do acusador, das condições da ação e da apuração de indícios de autoria e materialidade.

Para além disto, espera-se apurar possíveis impactos econômicos e sociais da promoção deste modelo de política criminal, bem como os eventuais benefícios ou prejuízos por ele acarretados à sociedade brasileira.

Em resumo, procurar-se-á apresentar a constituição do princípio em referência, fazendo um contraponto a partir das consequências financeiras e sociais

1 Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas e Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro do Grupo de Pesquisa sobre Segurança Pública e Cidadania da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Advogado. Endereço eletrônico: evandro_dsf@hotmail.com

ao país, pretendendo-se responder à seguinte questão: a obrigatoriedade da ação penal como política criminal e persecutória é o caminho mais adequado, social e economicamente, para a materialização da política criminal brasileira?

2. SOBRE A FORMAÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL: A NECESSIDADE DE TRATAR O CONFLITO CRIMINAL

O conflito é algo inerente e natural à formação da sociedade, constituído a partir de suas complexidades e do agrupamento de indivíduos com suas respectivas características, criações e culturas. Por isso, não há sociedade que exista sem ele, o qual acontece de forma tão inevitável quanto as mudanças².

Alberto M. Binder explica que o conflito guarda estreita relação com a existência da sociedade, a qual esbarra no modo de exercício de poder pelo povo:

[...] Esto no quiere decir que no puedan existir utopías que planteen – como han planteado hasta ahora todas ellas – una sociedad sin conflictos. Pero en el curso real histórico, la existencia misma de una sociedad implica conflicto social. Al mismo tiempo, toda sociedad supone un modo de ejercicio del poder, que la organiza y la sustenta. En otras palabras: el poder es una realidad intrínseca al fenómeno asociativo³.

A começar por este dado histórico, do conflito emerge inevitavelmente a violência intrínseca a este choque social, da qual o crime se manifesta como uma de suas faces.

Embora seja o conflito algo imanente do choque social, a violência, por sua vez, não se faz seu sinônimo, já que “*permitir que tais situações escalem níveis crescentes de violência conflitual é uma escolha ou uma omissão de todos os integrantes sociais ou comunitários*”⁴.

Assim, quando existe um crime, a sociedade se movimenta de forma a sanar aquela anormalidade social, operando, para tanto, uma política criminal, consubstanciada na forma pela qual o corpo social se projeta e se organiza para a apresentação das respostas ao fenômeno criminal, caracterizando-se por qualquer comportamento de descumprimento das normas⁵.

Justamente por este aspecto mais social e empírico, impõe-se que a política criminal se manifeste como uma parte integrante do fenômeno social, eis que, antes de ser analisada como ciência, deve ser notada enquanto um dado da reali-

2 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 111/118.

3 BINDER, Alberto M. **Política criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 29.

4 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 121.

5 DELMAS-MARTY, Mirelle. **Os grandes sistemas de política criminal**. São Paulo, Manole, 2004, p. 42/43

dade, baseando-se, no entender de *Alberto Binder*, em quatro conceitos basilares, quais sejam: o conflito, o poder, a violência e o Estado⁶.

O Estado torna-se um elemento salutar de centralização das demandas relativas ao trato da questão criminal, isto porque a organização do corpo social para resposta ao fenômeno criminal impede a realização de métodos de violência descontrolados, como a realização de vinganças privadas que nos levariam novamente à barbárie.

Neste mote, a partir da outorga do exercício do poder ao Estado, este opera o uso de sua força por meio da Política Criminal, que passa a ser organizada em várias frentes, como, a título de exemplo, através da segurança pública ou da organização do sistema de justiça como elemento apto à resposta.

Com base nisso, a política criminal pode ser compreendida como um setor da política voltado ao tratamento da delinquência, exercida por intermédio do poder do Estado, o qual passa a decidir, formular critérios no campo teórico e prático, de modo a apresentar uma resposta ao fenômeno criminal⁷.

Em virtude das complexidades e dos diversos ramos que podem conceber a política criminal de uma sociedade, o processo penal se apresenta como um poderoso mecanismo de sua execução, integrando-a.

Não apenas, o sistema processual penal apresenta-se como o mecanismo pelo qual a política criminal, via de regra, se realiza, fazendo-o através do exercício de “*atos persecutórios-punitivos para investigar, acusar, julgar e punir conforme a legislação processual penal*”⁸.

Neste cotejo, a obrigatoriedade da ação penal, como política criminal expressa do sistema persecutório-punitivo, se apresenta como o meio pelo qual a sociedade passa a compensar seu bem-estar através do manejo da força persecutória estatal para lidar com o fenômeno criminal.

A política criminal que concebe a ideia de obrigatoriedade, segundo *Fernando Tourinho Filho*, remonta à noção de que os delitos não devem ficar impunes, entendendo que o princípio da legalidade seria o que “*melhor atende aos interesses do Estado*”⁹.

Ocorre que, em que pese seja a obrigatoriedade da ação penal, supostamente, um reflexo natural do sentimento de retribuição do mal causado pelo ato

6 BINDER, Alberto M. **Política criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 29.

7 MENZE, Christoph. **Direito e violência – estudos críticos**. São Paulo, Saraiva Jur., 2019, p. 70/71.

8 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 143.

9 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. volume 1. 35. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2013, p. 390/391.

socialmente indesejado, esta não pode ser vista como um modelo isolado e caracterizado tão somente no binômio de análise da existência do crime e a hipotética obrigação de mover-se a máquina estatal.

Isto posto, conceituada a política criminal que desagua na obrigatoriedade da ação penal, passa-se à análise da obrigatoriedade da ação penal e seus fundamentos no processo penal brasileiro, fazendo-se um breve comentário à discussão inerente a sua vinculação em nosso ordenamento.

3. A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL: O NASCIMENTO DO MODELO PERSECUTÓRIO PUNITIVO E SUA ATUAL CONFIGURAÇÃO NO BRASIL

Nos primórdios, remontando à sociedade liberal individualista romana, o Estado mantinha-se completamente distante do exercício da acusação, de modo que competia ao ofendido e, após, a qualquer pessoa do povo, a árdua tarefa de exercer o libelo em face daquele que tivesse praticado uma infração penal. Este modelo possuía algumas deficiências, sobretudo porque carregava um desequilíbrio entre as partes, dependendo o êxito da demanda da habilidade de uma delas, motivo pelo qual, posteriormente, foi descontinuado, ao menos naqueles moldes¹⁰.

Após isto, buscando criar balizas mais adequadas às complexidades do manejo da persecução penal, fazendo oposição ao sistema acusatório privado, houve uma alteração estrutural na sociedade, pautada no Direito Canônico, gestado, notadamente, no período fértil gerado pela Idade Média.

O sistema processual penal inquisitório serviu de abundante terreno para atender ao propósito de cariz centralizador e de autoproteção, bem como ao que se norteava a partir da ideologia do controle social exercido por meio da violência institucional do modelo criminal¹¹.

Dentre as mazelas trazidas pelo sistema inquisitorial clássico, tais quais a contaminação exacerbada do juiz e a utilização do réu como “objeto da investigação”, servindo a prova para demonstrar o acerto do juiz-inquisidor, fez-se necessária a evolução do sistema para que o Estado, ao menos, repartisse sua atuação, outorgando o dever de julgar e o de iniciar a persecução penal a órgãos e pessoas distintas¹².

10 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 14ª ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 166.

11 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 390.

12 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 228/229

Importa notar que este sistema processual é algo fluido, cuja estruturação se deu ao longo da história, por séculos e séculos, sendo um erro tratá-lo como um instrumento que se formou e permaneceu imutável. Doutra sorte, o que há de perene não é a conotação inquisitiva, mas sim a ideologia persecutória-punitiva que sempre regeu o modelo criminal, a qual foi sendo aprimorada ao arbítrio das ciências criminais que por ela foram norteadas¹³.

Há e sempre houve um paralelo no âmbito da relação entre a metodologia inquisitiva, o processo penal e sua formação atravessada pela violência institucional intrínseca ao modelo persecutório-punitivo, de modo que “*os mais constitucionalizados sistemas processuais sempre pressupõem a pena criminal e a persecução penal as quais etiológica e ontologicamente correspondem a violências institucionalizadas*”¹⁴.

Dado este cenário, temos, no processo penal brasileiro, uma clara e redundante divisão de tarefas, na qual cabe ao juiz julgar, ao defensor defender e, nos crimes de ação pública incondicionada, ao Ministério Público a incumbência de acusar.

Na formação da política criminal brasileira, a Constituição Imperial de 1824 estabeleceu a independência do poder judiciário, sendo descrito sua composição por Juízes e Jurados, os quais eram distribuídos em dois ramos: Cível e Criminal (art. 151).

Neste mesmo ano, foi instituído o Código de Processo Criminal do Império com forte influência inquisitiva, pois, muito embora trouxesse uma clara divisão de jurisdição, outorgando ao Ministério Público, em seu art. 37, §1º, a tarefa denunciar os crimes públicos e acusar delinquentes perante os jurados, pormenorizando alguns crimes ali, esta prerrogativa não lhe era exclusiva, podendo a ação penal ser iniciada, de ofício, pelo juiz (art. 154) ou por qualquer do povo quando se tratasse de crime praticado por funcionário público no exercício de suas funções (art. 150). Em outras palavras: “*não há dúvidas de que o poder judiciário era a (única) instituição encarregada da política criminal na época*”¹⁵.

Em 1871, por meio da Lei n.º 2.033, houve novas modificações nesta política criminal, buscando torná-la menos inquisitiva. Neste tema, o art. 15 da referida lei, que alterava diferentes disposições de legislação judiciária, aboliu o procedimento *ex officio* dos juízes formadores da culpa, excetuando as ocasiões de

13 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 312.

14 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 580.

15 GAZOTO, Luís W. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Editora Manole, 2003, p. 68

flagrante delito, nos crimes policiais ou nos casos em que o Ministério Público se quedasse inerte do exercício da persecução. O texto normativo representou um avanço na outorga da prerrogativa de início da ação penal pelos promotores, sinalizando para obrigatoriedade de promovê-la, tanto que, para os casos em que não o fosse exercida esta prerrogativa, poderia o juiz multar o representante ministerial.

Posteriormente, com o advento do Código Penal de 1890, que também tratou de matéria evidentemente processual, o regramento inerente à iniciativa da ação penal pública foi alterado. Por meio do art. 407, disciplinou-se que a ação penal poderia ser iniciada por (i) queixa da parte ofendida (§1º); (ii) denúncia do Ministério Público em todos os crimes e contravenções, dos quais excetuavam-se alguns delitos expressamente descritos (§2º, “1º” e “2º”); e, (iii) disposição *ex officio* nos crimes inafiançáveis quando não o fosse apresentada a denúncia no prazo legal (§3º).

Após isto, foi editado o Código de Processo Penal de 1941, o qual trata da ação penal pública em seu art. 24 e, no âmbito das contravenções penais, em seu artigo 26. Cumpre esclarecer que estas métricas, embora passados oitenta anos de sua instituição, continuam em vigência hodiernamente.

Sobre o dispositivo processual, salutar se faz a ressalva de que o procedimento judicial de ofício foi eliminado para os crimes em geral, remanescendo só a previsão de início nas contravenções¹⁶.

Posto isto, nota-se que o artigo 24 do Código de Processo Penal estabelece que: “*Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo*”.

Neste sentido, dentro do sistema persecutório-punitivo estabelecido no ordenamento processual, grande parte da doutrina, como, por exemplo, *Fernando Tourinho Filho*, ensina que o princípio da obrigatoriedade está em vigor no ordenamento brasileiro, sobretudo pela sistemática do art. 24 do Código de Processo Penal, que estabelece que a ação “*será promovida*”, entendendo que, como política criminal, este princípio é o que melhor atende às exigências da defesa social, que seria o verdadeiro fundamento do direito moderno¹⁷.

Em síntese, o princípio da obrigatoriedade da ação penal significa que, nos casos em que houver, por parte do Ministério Público, o convencimento de

16 GAZOTO, Luís W. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Editora Manole, 2003, p. 87.

17 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. volume 01. 35. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2013, p. 392.

que determinada infração penal constitui crime, bem como que há indícios de autoria e materialidade, necessariamente estará obrigado o promotor a oferecer denúncia. Neste cenário, entende a corrente majoritária da doutrina que, para o acusador, “*não há, pois, campo para discricionariedade*”¹⁸.

Aury Lopes Jr., em seu escólio, aponta que a obrigatoriedade da ação penal não está expressamente encampada em nosso ordenamento jurídico, mas que esta seria extraída da leitura do art. 24, dado seu caráter imperativo. Antítese desta, por sua vez, encontra-se estabelecida nos princípios da oportunidade e conveniência, “*em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade*”¹⁹.

O entendimento expresso no Código de Processo Penal de 1941 se somaria à combinação de dois outros ordenamentos salutares: o Código Penal e a Constituição Federal de 1988.

Assim, corroborando o expresso no dispositivo processual, o Código Penal, em seu art. 100, §1º, com redação dada pela Lei 7.209/1984, expõe que “*A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça*”.

A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe duas importantes revoluções, quais sejam: a admissão da transação penal como forma de extinção da punibilidade para crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I); e o fim da possibilidade de instauração de ação penal *ex officio* pelos juízes e pelas autoridades policiais (art. 129, I).

Estes dois pontos são essenciais para a compreensão da obrigatoriedade da ação penal ou não no Brasil, justamente porque, enquanto o primeiro abre margem para a possibilidade de não oferecimento da denúncia, que culminaria na ideia de discricionariedade regrada que restou popularmente difundida pela Lei 9.099/95 e que melhor será analisado no subtópico posterior, o último serviria de base para que a doutrina fincasse o pé no ideal de intransponibilidade do dever de oferecimento da ação penal, tratando a obrigatoriedade como sinônimo e decorrência direta do princípio da legalidade²⁰.

18 Neste sentido, Hélio Tornaghi: “O Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão “será promovida” (art. 24). Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação. Evidentemente, não consistindo a ação (condenatória) em pedir ao juiz que aplique pena em alguém por fato tipicamente antijurídico e culposo, a ação somente poderá ser promovida se houver prova do fato e, pelo menos, suspeita de autoria, e só deverá sê-lo se não ocorrer qualquer das circunstâncias do art. 43... Daí se infere, “à contrario sensu”, que, fora destes casos, o Ministério Público está vinculado, está obrigado a intentar a ação penal” TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 41. Entendendo de forma análoga, também: BĂDARĂ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 230

19 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 244

20 Neste sentido: MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Atlas, 1997, p. 114; e LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 323

Todavia, em sentido diverso, *Vinicius Gomes De Vasconcelos* esclarece que ambos os institutos – legalidade e obrigatoriedade – não são sinônimos.

[...] Pensa-se que o princípio da legalidade impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em lei para o seu atuar. Ou seja, tanto na esfera penal material quanto processual, embora trazendo consequências distintas, tal princípio tem como essência a vinculação da aplicação do poder punitivo – e, portanto, da atuação dos atores da justiça criminal – aos preceitos definidos em lei.

De modo distinto, a obrigatoriedade da ação penal pública determina a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente. Ou seja, em um cenário de obrigatoriedade, nenhum critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso pode ser empregado para fundamentar a não propositura da denúncia ou o não início da persecução punitiva, ainda que previsto em lei²¹.

Ademais, para além destes regramentos, a possível existência de uma política criminal voltada ao exercício obrigatório da ação penal nos parece categórica em outros ordenamentos, nos quais o legislador, por sua vez, procurou ser mais enfático.

A título exemplificativo, em alguns casos, o dever de oferecimento da denúncia é indisponível, tanto que, nos crimes eleitorais, a Lei 4.737/1965, em seu art. 342, alça ao patamar de crime, punido com detenção de até 02 (dois) dois meses ou pagamento de 60 (sessenta) a 90 (noventa) dias-multa, a não apresentação de denúncia no prazo legal. A este posicionamento, o próprio dispositivo traça panorama semelhante a sistemática do artigo 28 do Código de Processo Penal quando, no §1º, do art. 357, estabelece a possibilidade de remessa do feito ao Procurador Regional para que ofereça a denúncia.

Diante da breve exposição da estruturação da política criminal persecutória-punitiva e a formação da suposta ideia de obrigatoriedade da ação penal, importante que se mostre que há corrente, embora minoritária, que questiona a existência de tal princípio, além de outras dissidências doutrinárias intrínsecas à discussão.

3.1. DAS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E DA POLÍTICA CRIMINAL PERSECUTÓRIA-PUNITIVA

Como esclarecido anteriormente, em que pese se deduza o princípio da obrigatoriedade da ação penal por interpretação dos artigos 24 do Código de Processo Penal, 100, §1º, Código Penal e 129, I, Constituição Federal, este não encontra-se expressamente tipificado em nosso ordenamento.

21 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed., 3. reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 42/43.

Afrânio Silva Jardim, tratando da ausência de regramento expresso, esclarece que o princípio da obrigatoriedade decorre do próprio dever legal do Estado de persecução penal para aplicação de uma sanção, não havendo, porém, a possibilidade de afastamento do princípio com a abertura de um lugar de discricionariedade do Promotor. Para o autor: “a regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que precisa de previsão expressa”.

[...] O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas gerais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo. [...] Feitas estas considerações, cabe constatar que não há em nosso Código de Processo Penal qualquer dispositivo outorgando ao Ministério Público o poder de decidir se oferece a denúncia ou não, segundo juízo de oportunidade ou conveniência. Regra deste teor não existe em nosso sistema processual.²²

A ausência de previsão expressa do dito princípio é algo não comum a alguns outros países que o adotam. Neste esquadro, a título de exemplo, o ordenamento Italiano, no art. 112 da Constituição, aponta o dever de o Ministério Público exercer a ação penal²³. O ordenamento Espanhol, igualmente, adota a obrigatoriedade de forma expressa, havendo categoricamente descrito no art. 105 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*²⁴ “*Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes*”.

Em contrapartida, o Código de Processo Penal alemão²⁵, em seu art. 153 adota, expressamente, o princípio da oportunidade, autorizando o não início da ação penal caso não seja verificado o interesse público para tanto. De modo semelhante, o Código de Processo Penal francês²⁶, nos arts. 40 e 40-1 determina o princípio da oportunidade, estabelecendo a opção do *Parquet* de, tomando conhecimento de um fato criminoso apto à denúncia, decidir se instaurará o processo, se adotará um procedimento alternativo ou se arquivará o caso²⁷.

22 JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998, p. 93.

23 **LA COSTITUZIONE**. Disponível em: < <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione> > Acesso em 2 de julho de 2023.

24 **LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> >. Acesso em 02 de julho de 2023.

25 **STRAFPROZESSORDNUNG**. Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html >. Acesso em: 02 de julho de 2023.

26 **CODE DE PROCÉDURE PÉNALE**. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167418/#LEGISCTA000006167418 > Acesso em 2 de julho de 2023.

27 OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n. 49, p. 237-262 – jan./jun. 2017, p. 244/247

No histórico legislativo brasileiro, *Aury Lopes Jr.* reconhece a existência do dito princípio da obrigatoriedade, todavia, admite que sua relativização já ocorreu com o advento da Lei 9.099/95 e foi ampliada com a Lei 12.850/2013, esclarecendo, ainda, que o dever de exercer a ação penal está sendo, cada vez mais, mitigado.

Em nosso sistema, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Mas cada vez mais esse “deverá” está sendo mitigado. *A relativização do princípio da obrigatoriedade, que inicia em 1995 com a Lei n. 9.099 e os institutos do JECRIM, e se amplia com a Lei n. 12.850/2013 e a possibilidade de perdão judicial e demais institutos aplicáveis à delação premiada*, e agora novamente é enfraquecida (e também a indisponibilidade) com o acordo de não persecução penal inserido no CPP pela reforma de 2019/2020.²⁸

À época, apontava-se que a Lei 9.099/1995 representava uma cisão no modelo de política criminal adotado no Brasil, cujas notas apontavam para o aumento de penas, corte de direitos e garantias fundamentais e tipificação de novas condutas criminosas, representando a nova lei “uma revolução jurídica e mental”, quebrando a inflexibilidade do clássico princípio da Ação Penal²⁹. Assim, por meio dos institutos inovadoramente ali implantados, houve uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, de modo que a lei se apresentou como um mecanismo paradigmático acerca da temática.

A Lei 9.099/95 representou, de fato, um processo de transformação do sistema de justiça penal utilizado nas últimas décadas, caracterizando uma cisão na forma de gestão do conflito, sinalizando para os novos rumos da persecução penal, os quais rompem com o ideal de compulsoriedade da ação penal, atribuindo critérios de tratamento da política criminal amparada nos ideais de eficiência e pragmatismo são os nortes³⁰.

A partir disto, há entendimento de que este referido princípio não pode ser qualificado como interesse público de primeira ordem, devendo, portanto, ser visto como não absoluto e com força vinculada à atividade do Ministério Público³¹.

Neste esquadro, *José Frederico Marques* elucida que este ideal de obrigatoriedade como sinônimo de legalidade não pode retirar do Ministério Público

28 LOPES JUNIOR, *Aury*. **Direito Processual**. 17a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 244

29 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 2. ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 35/38

30 ZILLI, Marco. *Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal*. In *MADEIRA, Guilherme; Badaró, Gustavo; CRUZ, Rogério Schiatti (Coords) Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. V. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 71/76

31 GAZOTO, Luís W. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Editora Manole, 2003, p. 64.

a prerrogativa de apreciar os pressupostos técnicos para o início da ação penal, admitindo-se, para tanto, um fator subjetivo ao Promotor³².

Em sentido contrário, há de se esclarecer que *Fernando Tourinho Filho*³³ lecionava que a obrigatoriedade da ação penal imporia ao Ministério Público o dever de promover a ação penal sem imbuir-se de motivos políticos ou de utilidade social³⁴.

Ocorre que, sobre este critério subjetivo, *Luís Wanderley Gazoto*, acrescenta que, ainda que se note a existência de um campo aparentemente enrijecido e imutável, para além destas balizas outorgadas pela doutrina tradicional, deve ser acrescido mais um elemento: a ressalva da existência de “*interesse público que justifique a inércia*”³⁵.

É justamente nesta possibilidade ou não de admissão de um fator discricionário pelo acusador, sobretudo na ideia de “interesse público que justifique a inércia”, que se verifica uma dissidência impactante entre cada uma das correntes: a análise de hipótese de início ou não de uma ação penal face a um crime manifestamente acolhido pelo princípio da insignificância.

A corrente filiada à obrigatoriedade da ação penal fundada no binômio crime-imputação, cujo exemplo se extrai do escólio de *Tourinho Filho*, compreende que o não oferecimento de denúncia nestes casos representa uma conduta antiética, ao passo que, se o Estado, através do Poder Legislativo, entendeu necessária a tipificação de tal conduta, não cabe ao Ministério Público ignorá-las. Em outras palavras: “*Se o Estado não se interessasse pelas “coisas pequenas”, não as teria elevado à posição de infrações penais*”³⁶.

Em sentido oposto, *Vinicius Gomes de Vasconcellos* aduz que condutas bagatelares não adentrariam sequer à discussão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que tais fatos carecem de justa causa e, portanto, são atípicos:

Assim, desde já importante notar que a exclusão de fatos que carecem de justa causa para a propositura de ação penal, tal como crimes bagatelares e insignificantes, ou a inexistência de

32 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1965, p. 337/338.

33 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 01. 35. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 391.

34 Neste mesmo sentido, RENATO BRASILEIRO: “De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, cada vez mais questionado no próprio âmbito do Ministério Público, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal...**, p. 323/324.

35 GAZOTO, Luís W. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Editora Manole, 2003, p. 63.

36 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. volume 01. 35. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 394.

provas suficientes para seu oferecimento, não questionam o princípio da obrigatoriedade, pois a insignificância conduz à atipicidade e, portanto, à não existência de um crime, sendo ilegítima a persecução penal (a qual é obrigatória somente em situações que se enquadrem no tipo legal como crime.)³⁷

Estas divergências doutrinárias são salutares para a concepção do instituto e sua aplicabilidade inflexível ou não em nosso ordenamento, as quais dão a métrica da dificuldade da questão.

Todavia, há uma imprescindível variável que deve ser colocada em pauta na análise do modelo persecutório-punitivo e da concepção da obrigatoriedade ou não da ação penal: o custo deste sistema, seja ele econômico ou social, para o país.

Ainda que se ignore tal perspectiva na equação, lamentavelmente, haverá sempre uma visão turva da realidade, prendendo-se o debate ao binômio crime-imputação, sem que se repare na avalanche de prejuízos que este sistema colapsado nos mostra através dos dados que serão apresentados a seguir.

4. CUSTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS OCACIONADOS PELA ADOÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL PERSECUTÓRIA-PUNITIVA

Para que se possa analisar de forma razoável o atual cenário brasileiro e suas consequências, benignas ou prejudiciais do ponto de vista econômico e social, imprescindível que haja um diagnóstico a partir dos dados empíricos, que são o único mecanismo razoável para que se compreenda a realidade.

O tratamento do fenômeno criminal demanda, sobremaneira, a análise das causas a partir de programas, métodos e estratégias, utilizando-se de tais dados e estudos de campo relativos à violência social, seja ela advinda do crime ou de sua resposta pelo Estado.

Assim, para a construção de uma sólida política criminal e sua interligação com políticas públicas de outros saberes, é imprescindível que se quantifique a repercussão do atual modelo de resposta de cariz persecutório-punitivo adotado no Brasil, pois, só assim, será possível aferir-se, nos cofres públicos, seu impacto, constatando-se o peso de manutenção desta estrutura frente aos seus resultados³⁸.

Neste ponto, *Daniel Cerqueira* traz um viés importante, demonstrando que os impactos da violência são múltiplos, como uma “faca de dois gumes” que

37 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileira**. 2. ed., 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 43/44.

38 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 686

afeta tanto a sociedade através do valor para o seu tratamento, seja ele monetário ou de bem-estar, quanto o próprio agente econômico responsável pela decisão.

Além disso, os custos do crime atravessam a economia do país podendo acarretar uma contração por bens e serviços, justamente por conta da minoração da renda das famílias afetadas pelo fenômeno³⁹.

Neste ensejo, sobre a importância da estimativa de custos do crime, *Laura Jaitman* clarifica:

As estimativas dos custos da criminalidade são úteis para aumentar a consciência sobre a magnitude do problema, situar o tema nas agendas nacionais e internacionais, identificar áreas para melhoria na alocação de recursos privados e públicos e elaborar melhores políticas de prevenção e controle do crime.⁴⁰

Neste itinerário, no mês de junho de 2018, a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República elaborou o “Relatório de Conjuntura n.º 04: custos econômicos da criminalidade no Brasil”, o qual tomou por métrica o período de 1996-2015.

O relatório faz constatações singulares acerca do nosso sistema, apontando que os custos econômicos da criminalidade são substanciais e seriam equivalentes à aproximadamente 4% do Produto Interno Bruto do país, afetando sobremaneira as Unidades da Federação com renda inferior.⁴¹

Com fundamento no supracitado relatório, é possível averiguar que os gastos com os processos criminais aumentaram aproximadamente 204% entre os anos de 1996 e 2015, passando de um custo de R\$ 12,4 bilhões, para 37,8 bilhões de reais, o que corresponderia a um incremento de 0,4 para 0,6% do PIB brasileiro, gastos estes apenas para manutenção do Judiciário, promotorias e defesas na seara penal⁴².

O estudo sinaliza, também, para um aumento de produtividade dos Tribunais de Justiça e Ministérios Públicos, o que ocasionaria um maior número de processos analisados para cada real gasto.

Para mais, dados novos colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça para a elaboração do “Justiça em Números” apontam que, apenas no ano de 2021, ingressaram no Poder Judiciário 2,2 milhões de novos casos criminais, sendo

39 CERQUEIRA, Daniel. **Impacto econômico do crime**. In. JORGE, Marco Antônio; JUSTUS, Marcelo (org.) Economia do crime no Brasil. Curitiba: CRV, 2021, p. 74/76

40 JAITMAN, Laura; Phillip Keefer. **Por que é importante estimar os custos do crime? Uma agenda de pesquisa para apoiar as políticas de prevenção do crime na região**. In. Os custos do crime e da violência. Novas evidências e constatações na América Latina e Caribe. Laura Jaitman Editora, 2017, p. 1

41 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA ESPECIAL DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. **Relatório de Conjuntura n.º 04: custos econômicos da criminalidade no Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2018, p.12

42 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA ESPECIAL DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. **Relatório de Conjuntura n.º 04: custos econômicos da criminalidade no Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 37/38.

1,5 milhão (56,5%) apenas na fase de conhecimento. O novo relatório também corrobora a constatação de que houve um aumento de produtividade, sinalizando que foram baixados, entre os anos de 2020 e 2021, 2,4 milhões de processos criminais, o que representaria um aumento de 19% de processos finalizados⁴³.

Nesta acepção, a despeito da constatação de que a produtividade aumentou, a quantidade de processos pendentes criminais parece seguir uma constante de poucas variações entre os anos de 2009 até a análise em 2021, quando o número de processo nesta situação correspondia ao montante de 5,4 milhões. Neste mote, os dados apontam que os casos que restam pendentes de conclusão correspondem a 2,8% da demanda⁴⁴.

O congestionamento de casos é expresso também por outro dado: a média de tempo para tramitação de um processo criminal, desde sua fase de conhecimento até a prolação de uma sentença de primeiro grau.

Neste sentido, o tempo médio de tramitação de uma ação penal é de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses para os casos que correm na Justiça Federal e 2 (dois) anos e 11 (onze) meses na Justiça Estadual. Importante notar que, a depender da unidade federativa em que se encontre, uma ação penal pode levar mais ou menos tempo para sua conclusão.

Por exemplo, o tempo médio de julgamento de um procedimento na fase de conhecimento no Tribunal de Justiça do Distrito Federal é de (um) 1 ano e 4 (quatro) meses na Justiça Estadual, o que equivaleria a menos da metade do tempo médio. Porém, a resposta exibida pelo Tribunal de Justiça do Pará é muito mais vagarosa, apresentando um tempo médio de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, mais que o dobro da média nacional⁴⁵.

Outro parâmetro importante de análise está expresso no custo ocasionado pelo sistema persecutório-punitivo para a manutenção da massa carcerária por ele acarretada. Sobre este ponto, é imprescindível que se esclare: não se trata de uma crítica pela abolição da utilização da prisão como resposta ao fenômeno criminal,

43 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Justiça Em Números 2022 / Panorama Do Poder Judiciário”, p. 224. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf> > Acesso em 02 de maio de 2023.

44 Segundo o Relatório Justiça em Números de 2022, a série histórica de casos pendentes criminais é: nos anos de 2009 a 2011 houve uma estagnação de 5,4 milhões de processos pendentes. Nos anos de 2012 e 2013, houve uma crescente com 5,5 e 6,1 milhões, respectivamente; Em 2014: a quantidade de processos novamente diminuiu, chegando a 5,8 milhões; Em seguida, no ano de 2015, há a maior alta registrada na série histórica, restando um número de 6,2 milhões de casos. Nos anos seguintes, há uma estagnação nos números, que seguem da seguinte maneira: 2016: 5,5 MI; 2017: 5,4 MI; 2018: 5,5 MI; 2019: 5,3 MI (Menor quantidade de acervo registrada em 10 anos); 2020: 5,5 MI; e 2021: 5,4 milhões de processo. Fonte: CNJ – “Justiça Em Números 2022 / Panorama Do Poder Judiciário” ..., p. 225

45 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Justiça Em Números 2022 / Panorama Do Poder Judiciário”, p. 229. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf> > Acesso em 02 de maio de 2023.

mas, sim, de uma análise quantitativa e qualitativa do uso deste mecanismo e dos desastres econômicos e financeiros que acabam por prejudicar a todos.

Neste seguimento, podemos notar que, no mês de referência de janeiro de 2023, o Departamento Penitenciário Nacional registrou que 654.704 pessoas encontravam-se custodiadas no Brasil⁴⁶, dos quais 49,85% cumpriam pena em regime fechado.

Ademais, os dados revelam que o custo médio de cada detento corresponde, mensalmente, à cifra de R\$ 1.603,54, o que equivale a um prejuízo mensal aos cofres públicos de mais de 1 bilhão de reais. É dizer: gastamos, diariamente, quase 34 milhões de reais para manter encarceradas centenas de milhares de pessoas. Vale ressaltar: este custo mensal elevado merece ser analisado frente ao indicativo de que a maioria da população carcerária passará entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos na prisão, fator que contribui, em muito, para o agravamento da crise do sistema⁴⁷.

Apenas para que se tenha em perspectiva, o custo para manutenção de um aluno de escola básica seria de R\$ 470,00 por mês⁴⁸. Isto é: para cada detento, poderíamos, enquanto sociedade, manter mais de 3 alunos na escola. A antítese e a comparação se fazem pertinentes, sobretudo se tivermos como ponto de partida o perfil do público carcerário descrito por *Eugênio Raul Zaffaroni*, o qual é uma população: “*pouco instruída, com fraca ou nenhuma qualificação profissional, responsável, na sua maioria, por crimes contra a propriedade, os quais, em regra, não assumem particular gravidade*”⁴⁹.

Outrossim, os gastos acima são expressivos, mas, afora eles, há o custo imenso e incalculável das diversas vidas que perdemos para criminalidade todos os anos. Não há uma estimativa exata ante a impossibilidade para tal, porém pode-se mensurar o efeito de uma morte prematura a partir da perda dos valores decorrentes da força de trabalho.

Neste sentido, para homicídios ocorridos na faixa etária de 13 a 25 anos, estima-se uma perda de R\$ 550.000,00; enquanto indivíduos na faixa dos 50 anos resultariam em uma perda de R\$ 200.000,00. Tais valores corresponderam

46 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: custo do preso em Janeiro de 2023**. Disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiMGJlNlQwOGUzZTg1MC-00NDAxLTgwMzYtNzM4ZTlnOTJkOTdhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMeNDNnMmNy05MwYyLTlRiO-GRhNmJmZThlMSJ9> > Acesso em 07 de maio de 2023.

47 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. DRAKOULAKIS, Géssika Christiny. **Abordagem, tratamento e resposta ao conflito criminal: a revelação de uma metodologia “perde-perde” para o acréscimo de uma metodologia “ganha-ganha”**. In YARSHELL, Flávio Luiz *et al.* (Org) Ensaaios sobre a análise econômica do processo civil. Londrina: Thot, 2023, p. 410

48 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. DRAKOULAKIS, Géssika Christiny. **Abordagem, tratamento e resposta ao conflito criminal: a revelação de uma metodologia “perde-perde” para o acréscimo de uma metodologia “ganha-ganha”**. In YARSHELL, Flávio Luiz *et al.* (Org) Ensaaios sobre a análise econômica do processo civil. Londrina: Thot, 2023, p. 417

49 ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022, p. 480

a R\$ 18 bilhões no ano de 1996 e R\$ 26 bilhões no ano de 2015, sendo o total do período correspondente à cifra de R\$ 450 bilhões somente por perda produtiva⁵⁰. Se esta lógica fosse aplicada ao período de 2016 a 2020, no qual não há estudos, mas há a soma de 273.683 homicídios, haveria uma perda produtiva de R\$ 120,44 bilhões, o qual, somado com o período de 1996 a 2015, ultrapassaria a cifra de meio trilhão de reais (R\$ 570 bilhões)⁵¹.

Sumarizando, o Relatório de Conjuntura n.º 4 da Secretaria da Presidência da República aponta que os custos econômicos da criminalidade elevaram-se de forma substancial, de cerca de R\$ 113 bilhões em 1996, para R\$ 285 bilhões em 2015, o que representaria um incremento real de aproximadamente 4,5% ao ano. Pormenorizando os custos no ano de 2015, tem-se um gasto total de 4,38% da renda nacional que foram divididos da seguinte forma:

[...] segurança pública (1,35% do PIB); segurança privada (0,94% do PIB); seguros e perdas materiais (0,8% do PIB); custos judiciais (0,58% do PIB); perda de capacidade produtiva (0,40% do PIB); encarceramento (0,26% do PIB); e custos dos serviços médicos e terapêuticos (0,05% do PIB)⁵².

Analisando os dados de 2014, por sua vez, *Laura Jaitman* aponta um percentual de 3,78% do PIB gastos com a criminalidade, o que corresponde a um montante de 613,27 dólares por pessoa. A propósito, os custos são seis vezes maiores que o custo com programas sociais como o Bolsa Família⁵³.

Daniel Cerqueira, tomando por base os dados do ano de 2016, aponta que os custos com a criminalidade atingiram um patamar maior, de aproximadamente 5,9% do PIB, o que equivaleria a R\$ 372 bilhões, revelando que, dentro deste cálculo, outros elementos que compõem o fenômeno da violência não foram mensurados em virtude da falta de dados minimamente confiável.

(...) O custo da violência no Brasil atinge 5,9% do PIB, o que corresponde a R\$ 372 bilhões a cada ano. [...] Ou seja, estamos falando de uma perda exorbitante que a sociedade brasileira tem a cada ano, que corresponderia a um imposto anual de R\$ 1.800,00, pago por cada cidadão⁵⁴

Isto posto, verifica-se que a reposta apresentada como política criminal persecutória-punitiva se demonstra deveras custosa e pouco eficaz, comprovando

50 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA ESPECIAL DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. **Relatório de Conjuntura n.º 04: custos econômicos da criminalidade no Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2018, p.32/34.

51 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 697/698.

52 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA ESPECIAL DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. **Relatório de Conjuntura n.º 04: custos econômicos da criminalidade no Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 40.

53 JAITMAN, Laura; Phillip Keefer. **Por que é importante estimar os custos do crime? Uma agenda de pesquisa para apoiar as políticas de prevenção do crime na região**. In: Os custos do crime e da violência. Novas evidências e constatações na América Latina e Caribe. Laura Jaitman Editora, 2017, p. 29/30.

54 CERQUEIRA, Daniel. **Custos de Bem-Estar da violência e criminalidade no Brasil**, p. 76/77. In.: Fórum Brasileiro de segurança pública. In. Anuário brasileiro de segurança pública 2017. Disponível em: < https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf > Acesso em: 02 de julho de 2023.

que não consegue, portanto, retribuir à sociedade a sensação de bem-estar e de adequado funcionamento do sistema.

Melhores palavras não se encaixariam para descrever a espiral de perdas ocasionadas pela manutenção de um sistema persecutório-punitivo que não as utilizadas por *Maurício Zanoide e Géssika Drakoulakis*:

Em uma sociedade saudável e próspera, a forma tradicional de implementação do sistema processual persecutório-punitivo é uma opção clara pela metodologia “perde-perde” de solução econômica, em que não há resultado positivo oriundo de seu funcionamento (ou seja, a sociedade como um todo depende vultosos recursos em um sistema que não produz retornos efetivos na sua busca por diminuição da violência social)⁵⁵.

Assim sendo, a concepção de obrigatoriedade da ação penal, enquanto decorrência direta da prática de um crime, resulta em uma retribuição de violência que, em verdade, apresenta-se improdutiva frente ao colapso de nosso sistema.

Neste íterim, fomentar uma política criminal calcada na simples análise consequencial do binômio crime-imputação, no qual a ação penal é decorrência direta e indissociável do conhecimento do acusador acerca de um fato típico, ilícito e culpável preexistente, resulta na materialização de nosso sistema persecutório-punitivo que, por sua vez, acarreta colossais custos econômicos e sociais, como revelam os dados outrora citados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a exposição, constatou-se que a formação da política criminal brasileira, outrora, deu-se pela estruturação de um ideal de Estado intervencionista, o qual a compôs em torno de um sistema persecutório-punitivo que concebeu a obrigatoriedade da ação penal como uma de seus nortes.

Segundo delineado, este princípio regente encontra-se deduzido da interpretação de alguns dispositivos legais, sobretudo o art. 24 do Código de Processo Penal, do qual se coleta o seguinte imperativo: a ação penal “*será promovida por denúncia do Ministério Público*”.

No entanto, com o avanço da política criminal brasileira e a criação de novos dispositivos legais, tem se notado que esta ideia cogente de compulsoriedade da ação penal não se apresenta de forma tão inflexível hodiernamente como se expõe através da glosa da doutrina tradicional.

Isto é, aparentemente, a perspectiva engessada de que o início da ação penal é compulsório e forçoso ao Ministério Público quando se tome conhecimento da prática de um fato criminoso, aparentemente vem sendo mitigada.

55 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. DRAKOULAKIS, Géssika Christiny. **Abordagem, tratamento e resposta ao conflito criminal: a revelação de uma metodologia “perde-perde” para o acréscimo de uma metodologia “ganha-ganha”**. In YARSHELL, Flávio Luiz *et al.* (Org) *Ensaio sobre a análise econômica do processo civil*. Londrina: Thot, 2023, p. 419

Este ambiente de relativização encontrou corpo já na promulgação da Constituição Federal, que instituiu a hipótese de admissão da transação penal como forma de extinção da punibilidade para crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I).

A partir desta autorização constitucional, com votos de se criar uma revolução normativa e uma mudança sem precedentes no modelo de estruturação da política criminal brasileira, a Lei n.º 9.099/95 representou uma fissura inicial para a ruptura do ideal de compulsoriedade da ação penal, permitindo um espaço de consenso nos casos de crimes de menor potencial ofensivo. Este novo panorama trilha a formação de uma política criminal singular, compelindo crimes de menor gravidade a um rito diferente que não necessariamente desaguaria no início da persecução penal.

Posteriormente, este espaço foi ampliado em uma segunda onda, na qual a Lei 12.850/13 traz uma nova oportunidade de relativização do ideal de obrigatoriedade da ação penal, desta vez abrindo um campo de relativização ao promotor por meio do instituto da colaboração premiada.

Este espaço nos parece ser a nova opção do legislador para o tratamento do fenômeno criminal, dado que, em uma terceira vez, promoveu a ampliação dos espaços de discricionariedade, desta vez mediante Acordo de Não Persecução Penal instituído pela Lei 13.964/19, representando mais um mecanismo despenalizador que busca aprimorar o sistema persecutório-punitivo em casos mais difíceis e graves.

Neste sentir, nos parece que o legislador tem focado suas energias em instituir mecanismos de aplicação diferenciada do tratamento da questão criminal, mitigando a obrigatoriedade da ação penal para que casos de menor complexidade e gravidade sejam submetidos a um outro meio de resolução que não a movimentação do sistema persecutório-punitivo.

Para além disto, a detalhada análise de dados sinaliza que o sistema persecutório-punitivo se mostra demasiadamente custoso, seja social ou economicamente, apresentando um vultoso prejuízo financeiro por sua aplicação nos moldes que temos hoje.

Ademais, nota-se que a estrutura utilizada atualmente não consegue dar conta de todo o passivo de processos criminais pendentes que possuímos, os quais se mantêm estáveis em um número de aproximadamente 5,4 milhões de processos desde o ano de 2009, isto mesmo com um incremento de produtividade dos agentes estatais.

Evidencia-se, pois, que o custo anual gerado pela criminalidade e pela tentativa de gestão de um sistema que procure perseguir, prender, criar mecanismos

burocráticos, centralizar esta resolução somente nas mãos do Estado, em verdade, tem ocasionado salutaros custos ao Produto Interno Bruto do país, valores estes que poderiam ser aplicados em outros ramos de melhorias sociais da nação.

Portanto, esta análise isolada de concepção do princípio da obrigatoriedade da ação penal como algo rígido e que se mostra avesso à realidade dos custos gerados pelo sistema ao país, não se mostra factível, tampouco razoável. Não pode o judiciário, sob o manto invisível da existência de um dever de perseguir o fato criminoso, livrar-se das consequências geradas por este próprio sistema persecutório punitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BINDER, Alberto M. **Política criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- CERQUEIRA, Daniel. **Custos de Bem-Estar da violência e criminalidade no Brasil**, p. 76/77. In.: Fórum Brasileiro de segurança pública. In. Anuário brasileiro de segurança pública 2017. Disponível em: < https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf > Acesso em: 02 de julho de 2023.
- CERQUEIRA, Daniel. **Impacto econômico do crime**. In. JORGE, Marco Antônio; JUSTUS, Marcelo (org.) Economia do crime no Brasil. Curitiba: CRV, 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **“Justiça Em Números 2022 / Panorama Do Poder Judiciário”**. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf> > Acesso em 02 de maio de 2023.
- DELMAS-MARTY, Mirelle. **Os grandes sistemas de política criminal**. São Paulo, Manole, 2004
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: custo do preso em Janeiro de 2023**. Disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojMGJlNWQwOGUzZTZgM0NDAAxLTgwMzYtNm44ZDZlOTJkOTdhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> > Acesso em 07 de maio de 2023.
- GAZOTO, Luís W. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. Editora Manole, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 2. ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998.
- JAITMAN, Laura; Phillip Keefer. **Por que é importante estimar os custos do crime?** Uma agenda de pesquisa para apoiar as políticas de prevenção do crime na região. In. Os custos do crime e da violência. Novas evidências e constatações na América Latina e Caribe. Laura Jaitman Editora, 2017
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 14ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 166
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. – 17ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MARQUES, José Frederico, **Elementos de direito processual penal**. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1965.
- MENZE, Christoph. **Direito e violência – estudos críticos**. São Paulo, Saraiva Jur., 2019.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Atlas, 1997
- OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16 – n. 49 – jan./jun. 2017.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA ESPECIAL DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS. **Relatório de Conjuntura n.º 04: custos econômicos da criminalidade no Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2018.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol. 1 – São Paulo: Saraiva, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1 / Fernando da Costa Tourinho Filho – 35. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2013
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed., 3. reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2022
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício.; DRAKOULAKIS, Géssika Christiny. **Abordagem, tratamento e resposta ao conflito criminal: a revelação de uma metodologia “perde-perde” para o acréscimo de uma metodologia “ganha-ganha”**. In YARSHELL, Flávio Luiz *et al.* (Org) **Ensaio sobre a análise econômica do processo civil**. Londrina: Thot, 2023
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Processo Penal Transformativo: modelo criminal e processual penal não violentos**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022
- ZILLI, Marcos Coelho. Rumo à estação acusatória do processo penal. **Leituras a partir da Lei 13.964/19. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, v. 22, n. 57, p. 221-239.
- LEGISLAÇÕES:
- LA COSTITUZIONE. Disponível em: < <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione> > Acesso em 2 de julho de 2023.
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> >. Acesso em 02 de julho de 2023
- STRAFPROZEBORDNUNG. Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_153.html >. Acesso em: 02 de julho de 2023.
- CODE DE PROCÉDURE PÉNALE. Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167418/#LEGISCTA000006167418 > Acesso em 2 de julho de 2023.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O APRISIONAMENTO EM MASSA: A RESPONSABILIDADE EM AMBAS AS ESFERAS - UM ESTUDO EM PRETO

FÁBIO OLIVEIRA SANTOS¹

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa parte do levantamento bibliográfico a partir do método hipotético dedutivo para compreender de maneira interpretativa a origem do Ministério Público, de maneira sumária busca-se na história a sua referência na figura do *Magiaí* egípcio, personagem que desenvolvia as atividades semelhantes às desenvolvidas pelo ministério.

Na sequência, perpassa-se pelo império brasileiro no momento em que nasce a partir das Ordenações Manuelinas a primeira lei que se refere ao Ministério Público. Para este estudo é o marco temporal e a certidão de nascimento ministerial.

Também se vislumbra na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 as funções Ministeriais que a Carta Magna atribuiu ao Ministério Público, ou seja, como fiscal e o como guardião da lei. A premissa inicial desta pesquisa tem relação com o Encarceramento de Massa.

Busca-se refletir sobre a função e a responsabilidade ministerial, pois assim como se deve garantir a paz em sociedade também se deve garantir os preceitos Constitucionais e os Direitos Humanos expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em que pese também a reflexão da existência e a importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nesse sentido, discute-se também a sua intervenção quando são violados as garantias humanas.

Ainda, para o desenvolvimento e a construção deste estudo, analisa-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, que trata da denúncia das violações aos Direitos Humanos referentes à população carcerária.

¹ Possui Bacharelado em Direito pela UNINOVE; é Mestrando em Direito pela UNIFIEO; também é graduado em Letras pela Universidade de Mogi das Cruzes - UMC; Especialista em Altas Habilidades/Superdotação - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil; também possui Especialização em Gestão Pública - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, UTFPR, Brasil; Especialização em Práticas e vertentes de ensino - Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Outra premissa que se busca atingir também tem relação com as responsabilidades ministeriais, pois ao passo que é o responsável pelo Encarceramento de Massa também é o responsável pela garantia dos direitos da população carcerária.

Analisa-se ainda no plano processual dois sistemas penais que evoluíram com o tempo, qual seja: o sistema inquisitório e o sistema de acusação. A premissa que se tem, relaciona-se com a ideia de que o Ministério Público é apenas inquisidor e desconsidera os demais sistemas, pois considera que o judiciário deve ser o responsável pelos sistemas acusatórios.

2. INTERPRETAÇÃO E COMPARAÇÃO DA HISTÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DOS MAGIAÍS EGÍPCIOS E DA PRIMEIRA LEI QUE TRATA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL – IMPÉRIO

Em diversas situações para compreendê-las se faz necessário à busca do elemento constitutivo, ou seja, como fora criado, daí a história mesmo que não seja construída com os fatos concretos, pois se perderam com o tempo ou outro evento qualquer, ainda assim é construída por meio da interpretação.

Algo no sentido que se utiliza como a prova no direito penal: “A prova, em sua acepção de base, indica algo que possa servir ao convencimento de outrem”², nesse sentido, os resquícios ou mesmo as narrativas de um determinado evento servem como sinalizadores interpretativos.

O Ministério Público fora criado pela Constituição Federal de 1988, previsto no artigo 127 é uma instituição legitimada para manter a ordem:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis³.

Muito embora esteja correta a função, o desempenho seja em outra direção. Para Braga (2008, p. 58), a origem do Ministério Público no Brasil pode ser encontrada em 1609, nas Ordenações Manuelinas:

No Brasil, as origens do MP encontram-se nas Ordenações Manuelinas. O Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal de Relação da Bahia, com o nome de Relação do Brasil, é tido por muitos como a primeira lei relativa ao Ministério Público neste País⁴.

2 Prova. Fabiana Del Padre Tomé. **Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Edição 1, Abril de 2017. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova> Acesso em: 12/05/2023.

3 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12/05/2023.

4 BRAGA, Pedro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176540/000843869.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=e%20individuais%20indispon%C3%ADveis,-Art.,interesses%20sociais%20e%20individuais%20indispon%C3%ADveis>. Acesso em: 12/05/2023.

Ainda, de acordo com o autor, nesse contexto de império brasileiro a constituição do Ministério Público era para defesa dos interesses do Estado frente ao particular ou mesmo contra outro Estado:

No Brasil Império, a advocacia do Governo Imperial, a defesa da ordem jurídica e dos interesses do Estado, que não tinha, todavia, assento constitucional, era atribuição do Procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional, Promotor da Justiça da Corte, integrante do Conselho de Estado. Na Constituição republicana de 1891, é instituída a figura do Procurador-Geral da República, prevista no Capítulo V, Seção III – Do Poder Judiciário. A Constituição republicana não se refere à instituição Ministério Público, mas tão-somente à pessoa institucional do Procurador-Geral da República, escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal; suas atribuições foram definidas em lei, tal como estatua o § 2o do art. 57 da referida Carta⁵.

Ao menos no Brasil, a criação do Ministério Público tivera a concepção de guarda dos interesses do Estado frente aos demais. Na prática é o guardião da ordem, palavra com duplo sentido, pois tanto pode significar a ordem social no sentido de paz como também a obediência ao ordenamento no sentido de seguir um determinado mandamento.

Também se observa que no contexto imperial, de acordo com FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA (2020, p. 2), a estrutura prisional nesse período era precária e dessa maneira era incapaz de recuperar qualquer indivíduo, o autor pontua que mesmo na atualidade o sistema carcerário é deficiente e também não garante os Direitos Humanos, pois:

As condições da maior parte dos presídios são degradantes, violando direitos relativos à saúde, assistência jurídica e integridade física dos presos. A pena privativa de liberdade, conforme os ditames legais internos e internacionais, tem como objetivo a reinserção do aprisionado na sociedade, e diante das constantes violações, tal função não é concretizada⁶.

Os eventos históricos são representados no presente de várias maneiras como, por exemplo, a legitimação de determinado comportamento e também a continuidade de uma situação, haja vista o exposto.

No mesmo sentido, outro aspecto ilustra o que se pontua. Para a compreensão da herança ministerial tem relação com a figura egípcia do *Magiai*⁷, espécie de funcionário do Faraó que punia os criminosos, ou aqueles que o próprio

5 BRAGA, Pedro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176540/000843869.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=e%20individuais%20indispon%C3%ADveis.-,Art.interesses%20sociais%20e%20individuais%20indispon%C3%ADveis.> Acesso em: 12/05/2023. Página 58.

6 FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA, G. . Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado. **Prim Facie**, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–28, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48769. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48769> Acesso em: 6 jun. 2023. p. 2 e 3.

7 No Egito antigo havia o funcionário real do Faraó, denominado *Magiai*, que possuía múltiplas atribuições: repreender ações criminosas; proteger o homem justo; defender os cidadãos pacíficos e os mais fracos da sociedade, a exemplo das viúvas e órfãos. Na Grécia e em Roma existiam funcionários com funções assemelhadas àquelas do *Magiai*, as quais são igualmente semelhantes àquelas do Ministério Público. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/historia/> Acesso em: 12/05/2023.

Faraó dizia ser, nesse sentido, o *Magiaí* obedecia às ordens do Faraó. Ainda, para Muniz Guzzo (2019, p. 233)⁸:

Há quem diga que a origem do Ministério Público remonta ao funcionário real *magiaí*, responsável por aplicar as punições, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos do antigo Egito. Há mais de 4.000 anos, o servidor do Faraó fazia ouvir as palavras de acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso e, após, tomava parte das instruções para descobrir a verdade⁹.

De mais a mais, o Ministério Público fora criado para a manutenção da ordem, muito embora a ordem ou o verbete pode se dirigir em duas direções, ainda, não se percebe as relações sociais sem a percepção do caráter cultural que fora construída e fora submetida ao órgão ministerial, mesmo assim a herança dos *Magiaí* ainda se faz presente na figura do Ministério Público, titular da ação penal e responsável pelo Aprisionamento em Massa no sistema penitenciário brasileiro, uma vez que é o titular da ação penal com a incumbência de garantidor da paz e também das leis.

Não comete o crime, mas é o inquisidor e a história demonstra as violações e abusos cometidos pela inquisição medieval. Ainda, age-se em nome da instituição por meio e através do poder discricionário sempre sob o olhar e discurso do interesse público.

O poder discricionário do Ministério Público faz com que a instituição aja sempre de modo que exista o interesse público, muito embora sua atuação fora desse aspecto seja facultativa como pontuado por Barboza (1995, p. 46), ainda, é demonstrado que a jurisprudência denota outra posição visto que as orientações não foram acolhidas, ou seja, apresenta-se desta maneira o ativismo e o poder discricionário do Ministério Público, pois:

As questões mereceram demorados estudos dos convencionais que concluíram, por maioria, que a intervenção do MP (art. 82) é facultativa ainda que não tenha recebido vista no processo, mas a decisão de que se trata ou não de interesse público (para a intervenção do MP) CABE AO JUIZ (in “Revista Forense”, vol. 252, nov/dez, 1975, págs. 18/28)¹⁰.

Desse aspecto, tanto o poder discricionário do Ministério Público quanto o próprio ativismo judicial, mas sob o olhar ministerial, são os maiores alicerces que sustentam a prisão em massa de uma determinada população, ou seja, a

8 GUZZO, Matheus Muniz. A descoberta de uma origem oculta do Ministério Público segundo o novo modelo de atuação ministerial: análise bíblico-jurídica da história. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n° 73, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1474088/Matheus+Muniz+Guzzo.pdf> Acesso em: 12/05/2023.

9 GUZZO, Matheus Muniz. A descoberta de uma origem oculta do Ministério Público segundo o novo modelo de atuação ministerial: análise bíblico-jurídica da história. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n° 73, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1474088/Matheus+Muniz+Guzzo.pdf> Acesso em: 12/05/2023. p. 233.

10 BARBOZA, Heloisa Helena. O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis. **Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ**, (2), 1995. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2465680/Heloisa_Helena_Barboza.pdf Acesso em: 13/05/2023. Página 46.

população carcerária tem gênero e raça. Muito embora, o ativismo quando relacionado à diminuição da população carcerária seja algo a se considerar, mas de acordo com Abboud (2022, p. 52):

Para nós, o ativismo, seja lá qual for, é pernicioso para o Estado Democrático de Direito. Não se pode diferenciar em uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto¹¹.

Ou seja, qualquer decisão de aspecto e foro íntimo corrompe o sistema legal, uma vez que as leis são criadas para o plano universal e também para o plano individual, ao passo que a intervenção emocional por qualquer indivíduo torna-se um ato ilegal.

Ainda, no plano da discriminação racial, Moreira (2020, p. 35), pontua que as exclusões em suas diversas esferas sociais têm relação com a intenção e a omissão dos agentes públicos, no caso deste estudo, a responsabilidade do Ministério Público ou o seu ativismo, pois:

Na verdade percebemos que todas as pessoas mencionadas nesses casos pertencem a grupos estigmatizados e as discriminações que sofrem concorrem para a subordinação de todos os seus membros em maior ou menor grau. Os atos arbitrários mencionados acontecem dentro ou em função de uma relação hierárquica entre pessoas ou classes de pessoas; certos atores sociais usam o poder que lhes é conferido para impedir que membros de alguns grupos tenham acesso a oportunidades, perpetuando a subordinação destes. Isso indica que práticas discriminatórias não se expressam apenas como comportamentos dirigidos apenas a indivíduos específicos. Pelo contrário, eles são discriminados por pertencerem a mais de um grupo. Assim, podemos dizer que o destino destes está diretamente relacionado à situação do segmento social ao qual pertencem¹².

A seletividade de um grupo específico como resultado de uma política de Encarceramento em Massa é dirigida a grupos determinados a fim de separar da sociedade por meio da divisão que, muitas vezes, tem relação com a economia, ou seja, são pobres e desempregados, outras vezes, com questões de raça ou gênero, nesse caso, o homem preto ou a mulher preta. Mesmo assim, sempre são violações aos Direitos Humanos.

3. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (DUDH) E A CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS – MECANISMOS DE DEFESA INTERNACIONAL

Os Direitos Humanos como construção histórica e a manutenção de conquistas sociais são discriminados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), como respeito à dignidade inerente a todos os seres humanos:

11 ABBLOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 52.

12 MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 35.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum.

Artigo 1 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade¹³.

No entanto, para cumprir e garantir os de maneira efetiva os Direitos Humanos, é necessário a construção de uma espécie de jurisdição entre os países que ratificaram o Tratado da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e os Tratados que versem sobre os Direitos Humanos é necessário uma corte para que se faça efetivado e cumprido as prescrições destes documentos.

Nesse plano, de acordo com Hanashiro (2001, p 19), somente recentemente os Direitos Humanos passaram a ser do interesse coletivo, pois deixaram de ser somente algo de interesse dos Estados para serem realidades e interesses das esferas sociais, muito embora sejam importantes todas as garantias da esfera humana, mas somente a boa vontade dos Estados tornam-se insuficientes para a garantia dos próprios Direitos Humanos, daí a ideia da construção de uma corte, pois:

Além de fundamentar esses direitos, era preciso desenvolver mecanismos internacionais de proteção, uma vez que os recursos judiciais a que as vítimas de violações desses direitos têm acesso em seus países, não raramente, carecem de efetividade¹⁴.

Nesse prisma, mesmo a própria DUDH sem jurisdição e sem uma corte que tenha poderes em âmbito internacional para frear as violações humanitárias os Tratados permanecem no limbo das garantias, pois se tem intenções, mas não a sua efetivação. No entanto, com a implementação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as violações podem ser denunciadas caso os países não garantam a efetividade dos Direitos Humanos e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Pesa-se ainda que, de acordo com Hanashiro (2001, p. 20), os Estados que fazem parte desse sistema de proteção aos Direitos Humanos também concedem parte de sua soberania, uma vez que é permitida a intervenção da comunidade internacional em diversas esferas como, por exemplo, admite-se que se observe, interfira e julgue os eventos que ocorrem em território soberano.

13 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 12/05/2023.

14 HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos** / Olaya Sílvia Machado Portella Hanashiro. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001. – (Biblioteca Edusp de Direito; 7). p. 19.

4. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 – DENÚNCIA E VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

Com alicerce nesses parâmetros, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347)¹⁵, que trata dos diversos direitos violados no sistema prisional brasileiro, fora julgada no sentido de que a população carcerária em vários aspectos vem sendo violada quanto à dignidade humana, ao passo que Leão (2023, p. 2)¹⁶ pontuar:

No julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, o Supremo Tribunal Federal declarou que a situação de graves violações de direitos humanos constatada estruturalmente no sistema penitenciário brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional. Em seus votos, os ministros assumiram que é possível identificar no país uma política de encarceramento em massa¹⁷.

Em que pese que a política de encarceramento é guiada pelo Ministério Público, titular da ação penal e garantidor dos Direitos Humanos, ainda, para Leão (2023, p. 2), o Ministério Público tem o papel preponderante com essa política, ao passo da superlotação do sistema penitenciário ser sua responsabilidade. De outro aspecto, são as ações ministeriais e as decisões políticas que aumentam a população carcerária.

Abrem-se parênteses para se pontuar que as Medidas Cautelares previstas no Código de Processo Penal¹⁸, no artigo 282 em seus incisos e seus parágrafos, contribuem para o aumento da população carcerária, uma vez que de ofício e a pedido permite-se o aprisionamento do indivíduo sem o transitado e o julgado, situação que de forma aparente resolve-se um problema pontual, mas prejudica o sistema carcerário no sentido de aumento da população prisional, daí um dos possíveis resultados do Encarceramento de Massa.

Ainda, sobre a ADPF 347:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. (ADPF 347, p. 3)¹⁹.

15 ADPF 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 12/05/2023.

16 LEÃO, André Carneiro. O papel do Ministério Público no fenômeno do encarceramento em massa no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 194. ano 31. p. 271-298. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023. p. 2.

17 LEÃO, André Carneiro. O papel do Ministério Público no fenômeno do encarceramento em massa no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 194. ano 31. p. 271-298. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023. p. 2.

18 BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 06/06/2023.

19 ADPF 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 12/05/2023. p. 3.

O sistema prisional tem ideologicamente o papel corretivo, mas também é um sistema que evoluiu por meio e através de tortura, castiga-se e limita-se o corpo como forma de correção para o bem convívio social, ou seja, o interesse público, muito embora se deixa de lado Direitos Humanos que ora sim e outra também são violados.

De outro aspecto, Carvalho (2016, p. 77), pontua que o sistema prisional é um sistema de tortura e por consequência não recupera o indivíduo, mas apenas o lança a uma espécie de profissionalização para o crime, pois após a saída do sistema carcerário o indivíduo, além de punido, é excluído socialmente, situação que pode conduzi-lo novamente ao ilícito.

Nesse sentido a ADPF 347 faz a denúncia que pontua a seguinte situação do sistema carcerário:

a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. (ADPF 347, p. 3)²⁰

Observa-se que são violados no sistema prisional diversos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) como, por exemplo, o artigo 3º: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Assim como também viola a Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, III, que trata da proibição à tortura.

Outro aspecto que se considera tem relação com Ministério Público que, além de guardião e fiscal da lei, deve evitar que situações como o que é denunciado no sistema prisional ocorra, pois deve garantir tanto as prescrições da Constituição da República Federativa do Brasil quanto também a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Muito embora as violações do Estado frente à Constituição da República Federativa do Brasil e também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA, G. (2020, p. 3), fazem apontamentos que o Estado busca a segurança social por meio da punição e a prisão, ao passo que esses eventos contribuem de maneira negativa e ainda contribuem para a superlotação da instituição penitenciária, os autores também demonstram que diversos direitos humanos não são respeitados e também são violados, efeitos que podem condenar o Estado brasileiro para responder sobre as violações aos órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois:

20 ADPF 347. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 12/05/2023. p. 3.

A punição é utilizada pelo Estado como principal forma de garantir a segurança aos cidadãos, todavia, esse fenômeno não traz resultados positivos para a sociedade brasileira, influenciando no colapso penitenciário. Diante da superlotação presidiária e das péssimas condições fornecidas aos presos, diversos tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, e a própria Constituição Federal são violados, podendo o Estado brasileiro responder perante os órgãos de monitoramento dos direitos humanos²¹.

As violações são da ordem dos Direitos Humanos, mas são grupos específicos que sofrem os efeitos do sistema prisional. De acordo com Borges (2019, p. 19), o sistema prisional tem gênero e raça, ao passo que:

Essa população prisional não é multicultural e tem, sistematicamente, seus direitos violados. A prisão, como entendemos hoje, surge como espaço de correção. Porém, mais distorce do que corrige. Na verdade, poderíamos nos perguntar: alguma vez corrigiu? E corrigiu para o quê? Os resquícios de tortura, como pena, permanecem; apesar de, segundo a tradição, a privação da liberdade é que seria o foco punitivo. Esse processo se enreda da seguinte maneira: 64% da população prisional é negra, 7 enquanto que esse grupo compõe 53% da população brasileira²².

Na mesma direção, FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA, G. (2020, p. 4), afirmam que:

Desde o Brasil colonial e imperial, a formação social fora caracterizada pela exclusão e segregação de uma parcela da população, dividindo-se em uma classe abastada e predominantemente de origem indo-europeia e outra formada por negros, mestiços e indígenas. Durante o período colonial e mesmo depois da proclamação da independência, a prisão era utilizada como verdadeiro instrumento de controle social, sendo tal atividade feita pela própria polícia²³.

Percebe-se que no plano cultural as instituições legitimavam a continuidade da colônia e do império, ao passo que os órgãos ministeriais mantinham sob controle as classes consideradas pelo Estado como inimigas, daí a ideia de classe e gênero, também não se pode desconsiderar que a libertação dos escravos fora datada em 1888 e a proclamação da República em 1889, ou seja, o sistema repressor estatal reproduziu no plano cultural e ideológico o cerceamento e o Encarceramento em Massa dos homens negros e das mulheres negras.

Nesse mesmo sentido, o poder inquisitório do Ministério Público é direcionado a núcleos de pessoas, em geral, negras e negros, por conta da cultura remanescente ainda do império brasileiro, considera-se ainda que mesmo o Código de Processo Penal é anacrônico em relação à contemporaneidade, uma vez que é de 1941 e também é fruto do autoritarismo.

21 FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA, G. Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado. **Prim Facie**, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–28, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48769. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48769> Acesso em: 6 jun. 2023. p. 3.

22 Borges, Juliana. Encarceramento em massa / Juliana Borges. -- São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 19.

23 FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA, G. . Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado. **Prim Facie**, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–28, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48769. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48769> Acesso em: 6 jun. 2023. p. 4.

5. O SISTEMA INQUISITÓRIO E O SISTEMA DE ACUSAÇÃO: VIVE-SE NO MEDIEVAL ESCRAVOCRATA – A PRISÃO TEM GÊNERO E RAÇA

5.1. SISTEMA INQUISITÓRIO

O Código de Processo Penal brasileiro é a representação concreta de culturas ditatoriais, de acordo com Nunes da Silveira (2015, p. 264): “é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas²⁴”, em que pese que o DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941²⁵ é anacrônico se relacionado ao século XXI.

No mesmo plano, os procedimentos que são seguidos desde o passado pelo sistema inquisitorial na figura do Ministério Público são a continuidade e a legitimidade de um sistema de aprisionamento e encarceramento de negras e negros, herança do período escravocrata brasileiro. Assim, o poder inquisitório, de acordo com Ramidoff (2017 p. 42), é:

O sistema processual penal de viés inquisitório – quando, por assim dizer, puro – é identificado como aquele em que o órgão julgador concentra os atos de gestão da instrução criminal, tendo a gestão probatória como critério de verificação do desenvolvimento procedimental e da prática dos atos processuais que se destinam à prestação de tutela jurisdicional como forma de resolução de caso concreto pelo sistema de justiça penal²⁶.

Nesse aspecto pontua-se que o sistema utilizado tanto pelo Ministério Público quanto aos demais poderes judiciais, ou seja, os poderes inquisitórios são concentrados e somados aos poderes do magistrado, assim, nesse caso, o Ministério Público acusa e julga o indivíduo.

De acordo com Fischer (2011 p. 6) o sistema penal inquisitório surgiu na idade média para resguardar e proteger os interesses de um poder central, leia-se a igreja católica, a fim de retirar confissões e punir os maus, mas o autor relembra que o sistema inquisitivo concentra em si tanto a acusação quanto o julgamento.

Ainda, a evolução do sistema processual penal que, de maneira mundial, representa sempre uma espécie de termômetro social, o Código de Processo Penal brasileiro é a herança, além do próprio Ministério Público, de culturas ditatoriais e também de culturas racistas ainda remanescentes do século XIX ou mesmo os anteriores. Observa-se ainda que com o crescimento populacional o Estado é convocado a controlar por meio de punições a população, pesa-se os dados apresentados.

24 NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf Acesso em: 08/06/2023. p. 264.

25 BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 08/06/2023.

26 RAMIDOFF, Mário Luiz. **Elementos de Processo Penal**. Curitiba: Intersaberes, 2017. p. 42.

A população do Estado de São Paulo em 2010 era aproximadamente 11.253.503, ao passo que em 2021 a população da mesma unidade da federação passou deste número para 12.396.372²⁷, ou seja, um aumento de 1.142.869 habitantes.

Observa-se ainda que de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Banco Nacional de Monitoramento - 2.0 de Prisões, a população carcerária em São Paulo no período de 2018 fora computada em 174.620, ao passo que em relação à população total de São Paulo, a população carcerária corresponde ao percentual aproximado de 1.40% da população.

Pesa-se ainda que no intervalo estudado o Estado ainda não havia digitado todos os dados:

Os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul não lograram finalizar a alimentação do cadastro em tempo hábil para a presente publicação. Observe-se que, finalizada a alimentação do Cadastro, poderemos dispor de forma inédita de informação absolutamente precisa sobre o número de pessoas privadas de liberdade no país, o que será publicado de forma permanente no painel de controle do portal público do sistema²⁸.

Nessa seara importa pontuar que o controle punitivo tem gênero e raça, uma vez que o número de prisioneiros quanto a: “raça, cor etnia das pessoas privadas de liberdade no país, dos dados incluídos no cadastro da pessoa privada de liberdade, o total de 54,96% foram classificados como pretos ou pardos²⁹”, ou seja, mais da metade dos presos do Brasil são negros ou se consideram negros. Resultado de um sistema inquisitório em detrimento do sistema acusatório.

5.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

De modo diferente do sistema anterior, o sistema processual penal acusatório, busca separar as funções de acusação e julgamento, ao passo que está descrito na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º LIV, tem-se como objetivo garantir o devido processo legal, pois:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

27 IBGE. **População do último censo**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama> Acesso em: 28/05/2023.

28 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/BNMP-Banco%20Nacional%20de%20Monitoramento%20de%20Pris%C3%B5es%20-%20Cadastro%20Nacional%20de%20Presos.pdf> Acesso em: 28/05/2023. p. 30.

29 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/BNMP-Banco%20Nacional%20de%20Monitoramento%20de%20Pris%C3%B5es%20-%20Cadastro%20Nacional%20de%20Presos.pdf> Acesso em: 08/06/2023. Página 52.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal³⁰.

O resultado da concepção do sistema acusatório tem relação com o garantismo proposto por Ferrajoli (2002 p. 38), um dos seus princípios tem relação direta com a separação entre o juiz e a acusação, o autor assevera que, entre outras coisas, não se pode criminalizar alguém sem lei anterior que prescreva o ilícito.

Mais: também faz observações entre as provas e a inquisição no sentido que no sistema inquisitório as provas servem para punir e legitimar uma determinada decisão, nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil vai na mesma direção, ao passo que o autor do garantismo faz alguns apontamentos sobre sua obra:

A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade: Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade³¹.

Daí a garantia dos direitos fundamentais, daí a garantia ao devido processo legal, daí a garantia contra as arbitrariedades. Para o Fischer (2011 p. 4), o garantismo é observação irrestrita dos direitos fundamentais prescritos na Constituição da República Federativa do Brasil, nesse sentido, vai na contramão do sistema inquisitório, responsabilidade do Ministério Público.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O norte dessa pesquisa tem como marco o Ministério Público, pois enquanto titular da ação penal, garantidor e fiscal da lei não há como retirá-lo das responsabilidades frente ao Encarceramento em Massa e as violações Constitucionais e Humanitárias.

Para compreender o seu papel busca-se na história a sua constituição, levanta-se a figura do *Magiat* egípcio e percebe-se que suas funções são semelhantes às funções do Ministério Público, assim assemelha-se ao primo distante, mas influente. Todavia, essa figura respondia aos mandatários do Faraó, pois este apontava o culpado.

Mais à frente levantou-se no ordenamento brasileiro a origem do Ministério Público, encontrou-se seu nascimento nas Ordenações Manuelinas, percebe-se que fora criado assim como os *Magiaís* para desempenhar a proteção de

30 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12/05/2023.

31 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Página 38.

determinadas figuras como, por exemplo, o Faraó e o Estado frente às pessoas ou mesmo frente a outro Estado.

Nesse sentido o Ministério Público passou a ser um órgão classista que tem como função a manutenção do Estado e o encarceramento do inimigo do Estado, mas esse inimigo tem raça e gênero, homens e mulheres negras, justifica-se isso a partir da continuidade do sistema medieval e pela escravidão ocorrida no Brasil e no mundo.

O Ministério Público é o continuador dessas políticas de escravidão e de tortura ocorridas e demonstradas pela história, de uma maneira ou de outra, com o substantivo de Ministério Público ou com outro nome a história deixa registrada que sempre houve os inquisidores que agiam em nome do interesse público, exemplifica-se isso com a inquisição medieval.

Por fim, o Encarceramento em Massa é e sempre foi responsabilidade ministerial em duplo sentido: manter a ordem e respeitar os Direitos Humanos, aspectos não atingidos em ambas as esferas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional** / George Abboud. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BARBOZA, Heloisa Helena. **O Poder Discricionário do Ministério Público na Avaliação dos Interesses Indisponíveis**. Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (2), 1995. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2465680/Heloisa_Helena_Barboza.pdf Acesso em: 13/05/2023.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa** / Juliana Borges. -- São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRAGA, Pedro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176540/000843869.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=e%20individuais%20indispon%20C3%ADveis.-,Art.,interesses%20sociais%20e%20individuais%20indispon%20C3%ADveis.> Acesso em: 12/05/2023.

BRASIL. **ADPF 347**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 12/05/2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 06/06/2023.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12/05/2023.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito** / Amilton Bueno de carvalho. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos**, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/70/1/BNMP-Banco%20Nacional%20de%20Monitoramento%20de%20Pris%20c3%b5es%20-%20Cadastro%20Nacional%20de%20Presos.pdf> Acesso em: 28/05/2023.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. (DUDH) **Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 12/05/2023.

DEL PADRE TOMÉ, Fabiana. **Prova**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova> Acesso em: 12/05/2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas, **O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PL 156**. Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf Acesso em: 08/06/2023.

FLECK DE PAULA PESSOA, M.; RAPOSO PEREIRA FEITOSA, G.. **Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas E Curado**. Prim Facie, [S. l.], v. 18, n. 39, p. 01–28, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2019v18n39.48769. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48769>. Acesso em: 06/06/2023.

GUZZO, Matheus Muniz. **A descoberta de uma origem oculta do Ministério Público segundo o novo modelo de atuação ministerial: análise bíblico-jurídica da história**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/1474088/Matheus+Muniz+Guzzo.pdf> Acesso em: 12/05/2023.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos** / Olaya Sílvia Machado Portella Hanashiro. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 2001. – (Biblioteca Edusp de Direito; 7)

IBGE. **POPULAÇÃO DO ÚLTIMO SENSO**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama> Acesso em: 28/05/2023.

LEÃO, André Carneiro. **O papel do Ministério Público no fenômeno do encarceramento em massa no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 194. ano 31. p. 271-298. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório** / Adilson José Moreira – São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf Acesso em: 08/06/2023.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Elementos de Processo Penal**. / Mário Luiz Ramidoff. Curitiba: Intersaberes, 2017.

FUNDAMENTOS MATERIAIS PARA ENQUADRAMENTO DE DIRIGENTES EMPRESARIAIS COMO GARANTIDORES ORIGINÁRIOS

FELIPE PESSOA FONTANA¹

1. INTRODUÇÃO

Tendo por base teorias próprias às Ciências Sociais, cujo objeto é a sociedade moderna, passou-se a compreender que atualmente a humanidade se encontra em um contexto social no qual a globalização e o desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico ocasionam a criação de incontáveis fontes de riscos². Pode-se invocar como principais expositores de tais teorizações os sociólogos alemães Ulrich Beck e Niklas Luhmann, bem como o sociólogo inglês Anthony Giddens³.

Com o surgimento dessas novas ameaças, geradas no âmbito do que se convencionou chamar “sociedade de risco”, tem se verificado, em termos político-criminais, uma lógica de expansão do Direito Penal, que passa a intervir em vários domínios de regulação estatal, a exemplo da seara ambiental, médica, trabalhista, fiscal, dentre outras.

Também se nota a tendência de que a proteção de bens jurídicos – sobretudo os supraindividuais – se paute em criminalizações permeadas por simples violações de deveres⁴. Esse processo seria justamente uma tentativa de se geren-

1 Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em convênio com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2021). Especialista em Direito Penal (Teoria do Delito) pela Universidade de Salamanca (2018). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017) e Bacharel em Direito pela mesma instituição (2015). Advogado Criminalista em São Paulo/SP, associado ao Nasralla Advocacia. E-mail: fpfontana@gmail.com.

2 BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo abstrato e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

3 Apesar de tais autores apresentarem enfoques diversos, é possível sintetizar alguns aspectos comuns de suas formulações. De acordo com Cláudio do Prado Amaral, Beck, Luhmann e Giddens admitem que o elemento “risco” resta incorporado à teoria sociológica como um elemento estrutural da sociedade, sendo marcado pela sua inevitabilidade. Por fim, diante deste cenário, preceituam que o “risco” demanda a estruturação de esquemas preventivos que permitam o seu gerenciamento (AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2017, p. 115).

4 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade e risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 137.

ciar os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais próprios ao atual estágio de desenvolvimento das sociedades contemporâneas⁵.

Nesse contexto, os delitos omissivos impróprios assumem especial relevância sobretudo no âmbito do Direito Penal Econômico, marcado pela presença de crimes complexos que tutelam bens jurídicos supraindividuais. Com a expansão da normatização de expectativas de condutas, “[...] o emaranhado de normas econômicas, penais e extrapenais, revelam tendência de estabelecimento de garantidores, face as mais diversas obrigações impostas a agentes econômicos, mormente produtores e atuantes no mercado financeiro”⁶.

Os delitos empresariais – perpetrados no exercício da própria atividade da empresa – também se inserem nesse contexto. Com as novas formas de criminalidade, busca-se desenvolver modelos inovadores de imputação que permitam a responsabilização de gestores por práticas delitivas relacionadas às atividades da empresa ou no âmbito de sua estrutura⁷.

A utilização de delitos omissivos impróprios na criminalidade empresarial viabiliza, ao menos hipoteticamente, a responsabilização de indivíduos em casos nos quais o manejo dos institutos dogmáticos tradicionais encontraria uma série de dificuldades, sobretudo a autoria e a identificação segura de um nexos causal. Com a lógica omissiva passa a ser possível, ao menos hipoteticamente, imputar o resultado lesivo ao dirigente empresarial porque se quedou inerte, embora pudesse e devesse atuar para impedir o delito enquanto garantidor originário⁸.

Diante dessa breve exposição, o objetivo preliminar do presente trabalho é tratar de alguns dos principais aspectos dogmáticos afeitos às omissões impróprias. Após, como escopo central, busca-se delinear os pressupostos para que dirigentes possam ser considerados garantidores originários ao se tratar de crimes omissivos impróprios cometidos no âmbito da empresa⁹.

Na segunda sessão serão abordados os aspectos gerais dos delitos omissivos impróprios, a fim de se delineiem os requisitos dogmáticos essenciais para que se dê a imputação em tais espécies delitivas.

A terceira sessão explanará em que consiste fundamentalmente a posição do garantidor, a fim de que, ao final, seja feita uma análise de tal posição à luz do

5 AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2017, p. 115-116.

6 ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico**: Leis Penais Especiais, Vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 83.

7 ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho et. al. **Código Penal comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 58.

8 MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade e risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 139.

9 É certo que aqui não se busca esgotar o tema, mas tão somente expor um panorama dos aspectos jurídico-penais essenciais afeitos à imputação em tais espécies delitivas.

ordenamento jurídico brasileiro, especificamente o artigo 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal.

Na quarta sessão haverá a exposição das principais visões doutrinárias sobre os fundamentos materiais que permitem o enquadramento de dirigentes empresariais como garantidores originários, especificamente em casos de omissões impróprias verificadas em delitos praticados no âmbito da empresa e em desfavor de terceiros.

2. BREVE CONCEITUAÇÃO DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

A omissão pode ser compreendida, em sua essência, como a ausência de realização de uma ação determinada¹⁰. No âmbito do Direito Penal, a imputação ao agente em casos de condutas omissivas se fundamenta em sua abstenção diante de um dever, “[...] porque deixa de realizar o que é juridicamente ordenado, ou seja, não atende àquilo que a lei lhe impõe como necessário a se perpetrar”¹¹.

Os crimes omissivos impróprios - também denominados comissivos por omissão¹² - não estão adstritos a tipos penais específicos, inexistindo tipologia própria. Nesses casos se está a tratar, genericamente, de crimes de resultado previstos no ordenamento jurídico (como homicídio ou lesão corporal), nos quais os respectivos tipos não preveem uma norma proibitiva consistente em uma omissão, mas sim a descrição de uma conduta comissiva¹³.

Este critério de qualificação dos crimes omissivos impróprios não é unânime, apesar de poder ser considerado como majoritário na doutrina. Uma síntese do conceito é extraída da obra de Juarez Tavares: “haverá crime omissivo impróprio, quando a omissão de impedir o resultado viole a norma mandamental na medida em que puder se equiparar à ação, porque o resultado está vinculado a uma norma proibitiva”¹⁴.

A aferição do dever normativo está adstrita a uma “situação típica”, entendida aqui como a reunião de todos os elementos e características que fundamentam a conduta omissiva prevista tipicamente, ou, ainda, a descrição pelo tipo penal do contexto de perigo ao bem jurídico tutelado que gera o dever de atuar do sujeito¹⁵.

10 TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 47.

11 SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**. Vol. 1: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 221.

12 Entendemos que a nomenclatura “crimes comissivos por omissão” não é a mais adequada, pois em última análise não se está a tratar de delitos comissivos e, conseqüentemente, da valoração típica de um agir pelo agente. Opta-se, assim, por se utilizar o termo “crimes omissivos impróprios”.

13 TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 402.

14 TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 402.

15 MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 577.

Nesses termos, o ponto principal para a imputação do fato delitivo na omissão imprópria é a definição prévia da posição de garantidor do agente em relação a certo bem jurídico (artigo 13, § 2º, do Código Penal¹⁶). É necessário que lhe seja atribuído um dever específico de agir e impedir que o resultado previsto pelo tipo ocorra¹⁷.

Feitas tais considerações, na próxima sessão se abordará com maior profundidade a posição do garantidor, tida como o elemento central do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios.

3. A POSIÇÃO DE GARANTIDOR

Os delitos omissivos impróprios se fundamentam em um dever jurídico-normativo - direcionado a um sujeito determinado - de impedir que o resultado típico ocorra. É justamente nisso que reside a denominada “posição do garantidor”. Contudo, deveres puramente morais, religiosos ou marcados por conceitos éticos individuais não restam abarcados nesse contexto¹⁸.

Parte-se também da premissa de que deveres estritamente formalistas não podem ser utilizados de forma isolada para se justificar a responsabilização jurídico-penal de alguém ao se ter em conta os delitos omissivos impróprios¹⁹. Na atualidade já há notável consenso na doutrina de que para tal responsabilização é necessário o desenvolvimento de critérios materiais propriamente penais²⁰.

O motivo para tanto é que tais teorizações formalistas resultam em um critério exclusivamente normativo, que por vezes não possui nenhuma correspondência com elementos empiricamente demonstráveis, havendo a equiparação da conduta omissiva à comissiva tão somente pela posição do sujeito face à

16 “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

17 “A situação de garantia, enquanto ente atrelado à situação concreta, integra o tipo propriamente dito, e o dever de agir dela decorrente se refere à antijuridicidade. Desse modo, o erro sobre a situação de garantia em si constitui erro de tipo (art. 20 do Código Penal), enquanto que o erro sobre o dever de agir que dela decorre consiste em erro de proibição (art. 21 do mesmo diploma)” (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**. Vol. 1: Parte Geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 232-233).

18 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117.

19 Em apertada síntese, as teorias de cunho formalista quanto à posição do garantidor (usualmente aglutinadas sob a alcunha de “teoria do dever jurídico”) podem ser compreendidas como uma resposta à concepção puramente causal da omissão, de matriz ontológica. Passou-se a compreender que os delitos omissivos impróprios dependem da existência de um componente normativo, referente à quebra de um dever formal – de natureza penal ou extrapenal. Em sua gênese tais formulações partiam, essencialmente, da lei e do contrato como fontes do dever jurídico especial de garantidor, sendo esse o fundamento para responsabilização daquele que deveria ter impedido um resultado mas não o fez, embora fosse capaz para tanto (BO-TTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 71).

20 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 82-83.

ordem jurídica²¹. O que passa a buscar com o desenvolvimento de fundamentos materiais para que se possa compreender a figura do garantidor como alguém que se encontra concretamente em uma posição especial de proteção de certos bens jurídicos²².

O Código Penal institui em seu artigo 13, § 2º e respectivas alíneas “a”, “b” e “c”, as três hipóteses afeitas à posição de garantidor. São elas: i) o sujeito que tem, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (fontes legais de dever); ii) o sujeito que, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e iii) o sujeito que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O dispositivo constitui uma cláusula geral que permite que os tipos afeitos aos crimes comissivos se configurem por meio de uma conduta omissiva (critérios de equiparação). São estabelecidas, de antemão, as premissas legais para que haja a imputação de resultados típicos oriundos de condutas omissivas, indicando-se com maior precisão as situações nas quais existe um dever de agir pelo agente, cuja inobservância permite sua responsabilização²³.

A alínea “a” do § 2º do artigo 13 do Código Penal diz respeito aos deveres oriundos de normas legais de cuidado, proteção ou vigilância. Ao se tratar especificamente de deveres relacionados ao âmbito empresarial, podem ser invocados alguns dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro que trazem obrigações legais relevantes, ainda que não sejam de caráter penal.

Exemplificando-se, o artigo 153 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) determina expressamente que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Essa mesma determinação está prevista no artigo 1.011 do Código Civil brasileiro²⁴.

Contudo, a previsão de deveres similares não constitui, em si, qualquer prática delitiva. De qualquer forma, ao se ter em conta a imputação de delitos empresariais, entende-se aqui ser relevante que toda as normativas afeitas ao Direito Societário e ramos correlatos sejam analisadas.

Malgrado a regulamentação jurídica externa ao Direito Penal não seja apta a fundamentar de forma autônoma a posição de garantia na empresa, é inegável sua função norteadora quanto aos deveres concretos do sujeito enquadrado como

21 TAVARES, Juares. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 155.

22 ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 83.

23 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 28.

24 “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

garantidor. Em outras palavras, a previsão legal atua de maneira decisiva “[...] na delimitação da ação que era juridicamente esperada pelo agente: o ordenamento jurídico espera do agente apenas as condutas que lhe eram juridicamente exigíveis e físico-realmente possíveis, nada demais”²⁵.

Já a alínea “b” do referido dispositivo trata do agente que assume previamente o dever de impedir o resultado danoso. Inexiste uma previsão expressa do Código Penal sobre os modos pelos quais essa assunção pode ocorrer.

Ao tratar das empresas, tem-se que estas estruturam-se organicamente em um conjunto de competências e de distribuição de trabalho, tanto vertical quanto horizontalmente. Nesse cenário, cada colaborador desempenha certas atividades no âmbito das atribuições que lhe são próprias²⁶.

Em uma instituição empresarial a questão sobre delegações verificadas entre um garantidor originário para outrem, por exemplo, se relacionaria à aludida alínea “b”, pois se teria uma espécie de assunção por parte do delegatário que assume uma nova função²⁷. Tais delegações são usualmente realizadas por meio de contratos ou outros meios solenes, podendo constar, ainda, em documentos e normativas internas da instituição²⁸.

Embora a delegação no âmbito da empresa não seja o objeto específico do presente trabalho – pois demandaria uma análise pormenorizada –, vale consignar que o instituto pode ser compreendido como uma forma de transferência e de transformação de posições de garantidor: “transferência porque, da delegação surge o dever de garantia do delegado. Transformação porque o delegante não perde a posição de garantia, mas esta passa a ser residual ou secundária, ou seja, não possui mais o controle direto do foco de perigo”²⁹.

Por fim, a alínea “c” do artigo mencionado dispõe sobre a ingerência, situação na qual o agente cria um risco ou agrava um risco já existente por meio

25 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 87.

26 Vale aqui pontuar as considerações de Dalila Rodrigues: “o modo como são organizadas as responsabilidades no seio das empresas envolve divisão de funções e delegação de funções. A divisão de funções diz respeito à estruturação horizontal de compartilhamento de funções, seja entre órgãos colegiados, ou entre administradores que ocupam o mesmo grau de hierarquia e poder de decisão e, neste sentido, é necessário determinar se, nas estruturas horizontais de divisão de competências, uns podem ser garantidores com relação aos demais. A delegação de funções, por sua vez, pressupõe a verticalização da sociedade empresarial e diz respeito à responsabilidade do superior hierárquico como garantidor pelos atos realizados por seus subordinados [...]” (RODRIGUES, Dalila. **A omissão do empresário**: fundamentos e limites da posição de garantidor por omissão imprópria no âmbito da atividade empresarial. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018, p. 89).

27 RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016. Disponível em: <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128834>. Acesso em: 1 mar. 2021, p. 90.

28 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

29 ARANHA, Rodrigo Domingues de Castro Camargo. **A responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 96.

de uma conduta sua, nascendo, assim, seu dever jurídico de impedir o resultado danoso da situação arriscada³⁰.

A questão principal que se coloca é que o atuar prévio do agente deve ser ilícito, ao passo que é justamente a partir deste atuar que o perigo é gerado ou incrementado. Ao menos é esta a posição majoritária da doutrina na atualidade.

No âmbito empresarial tal hipótese poderia se configurar quando determinado dirigente, no desempenho de suas funções, determina que uma providência ilícita – que acarreta a clara inobservância de normativas - seja realizada. Após, em razão da determinação, é gerada uma situação arriscada em relação a bem jurídico de terceiros. Como o agente criou o risco não permitido, passaria a ser de sua incumbência o controle da situação³¹.

Reitere-se, por fim, que a previsão destas fontes legais então delineadas brevemente não significa que qualquer dever delas advindo coloque o sujeito em posição de garantidor de forma automática. Pontuam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli quanto ao tema: “[...] trata-se apenas de um indicador geral dos modos pelos quais se pode alcançar essa particular posição jurídica. O certo é que, por qualquer dessas vias, a posição de garantidor não passa de um critério relativo, que ainda necessita de muita depuração”³².

O que aqui se defende é que a aferição da posição do garantidor deve se dar sempre em termos concretos, como já exposto no início do capítulo. O ponto central é conciliar as disposições legais afeitas à posição de garantidor e a realidade fática a fim de determinar quem exerce a função de proteção ao bem jurídico tutelado e, conseqüentemente, é o efetivo destinatário do dever de evitar eventuais resultados típicos³³.

Não sem razão aduz Dalila Rodrigues que “o estudo da omissão imprópria do empresário implica, sobretudo, a identificação da posição de garantidor dentro das empresas a partir das relações que são firmadas dentro destas”³⁴. Arrisca-se aqui a afirmar, contudo, que esse elemento empírico é um dos fatores mais desprezados por operadores do Direito ao efetivar a imputação por delitos omissivos próprios no âmbito empresarial. Não é pouco comum que os órgãos

30 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118.

31 ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 58.

32 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 516.

33 SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luis (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 166.

34 RODRIGUES, Dalila. **A omissão do empresário**: fundamentos e limites da posição de garantidor por omissão imprópria no âmbito da atividade empresarial. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018, p. 113.

persecutórios partam de concepções puramente formais, que muitas vezes geram um alargamento demasiado da posição de garantidor sem que seja analisado da forma devida o conteúdo do dever concreto de agir do agente.

A título ilustrativo, invoque-se o delito de lavagem de capitais, tipificado pelo artigo 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.613/1998³⁵, no qual “a presunção de um dever de garantia é usada muitas vezes como instrumento de superação das dificuldades de sua participação efetiva e ativa em casos de mascaramento”³⁶. A questão é que essa lógica de imputação muitas vezes se aproxima da responsabilidade penal objetiva, pois se possibilita a punição de dirigentes empresariais exclusivamente pelo fato de ocuparem tal posição e não terem impedido o resultado lesivo ocasionado por seus funcionários, embora não tenham conhecimento direto e efetivo da prática de tais atos³⁷.

Uma vez pontuados os aspectos essenciais afeitos ao artigo 13, §2º, do Código Penal, passar-se-á, na próxima sessão, ao aprofundamento dos fundamentos materiais que permitem enquadrar o dirigente empresarial enquanto garantidor originário pelos crimes perpetrados no âmbito da organização.

4. FUNDAMENTAÇÃO MATERIAL QUANTO À POSIÇÃO DE GARANTIDOR DE DIRIGENTES EMPRESARIAIS

No atual estágio do Direito Penal Econômico se verifica a edição de diversas leis e outras espécies normativas cujo intento é regular as matérias a ele afeitas. Como exemplo clássico tem-se o conjunto de normativas bancárias aplicáveis aos delitos contra o sistema financeiro nacional e mesmo ao crime de lavagem de capitais.

A larga maioria das infrações no âmbito do Direito Penal Econômico se configura a partir de normas jurídicas de caráter extrapenal. Isso tem efeitos na estruturação dos tipos nessas espécies delitivas, haja vista a presença de normas penais em branco³⁸ e a abundante utilização de elementos normativos³⁹.

35 “Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. [...] Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.”

36 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

37 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

38 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 41.

39 NIETO MARTÍN, Adán et al. **Derecho penal económico y de la empresa**. Madri: Editorial Dykynson: 2018, p. 49-50.

A existência desses conjuntos de normativas traz consequências também para a delimitação da posição do garantidor. Uma concepção puramente formal do instituto, diante da existência de diversas obrigações que extrapolam o âmbito penal, poderiam gerar uma responsabilidade desmedida e incondicionada do sujeito ao qual a norma é direcionada.

Mas não é só. Ao se tratar especificamente das empresas, tem-se que no decorrer de seu funcionamento condutas ilícitas em termos penais sejam perpetradas por seus dirigentes e/ou colaboradores. Os chamados crimes empresariais englobam, assim, a ideia de delitos cometidos no marco da atividade da instituição com o intento de beneficiá-la⁴⁰.

A atividade empresarial em um mundo digital e globalizado é fortemente marcada por seu dinamismo, demandando uma análise pormenorizada acerca do contexto fático no crime eventual perpetrado. Ao se ter em conta delitivos comissivos impróprios, deve se levar em consideração não apenas as regras hierárquicas internas da instituição e deveres formais dispostos contratualmente, mas também os elementos empíricos que justificam a inserção do sujeito na posição de garantidor naquela situação específica.

Consoante já abordado na introdução do presente trabalho, a imputação baseada em omissões impróprias tem sido um recurso cada vez mais utilizado, com fins a conciliar a lógica da responsabilidade penal individual à criminalidade empresarial⁴¹. Nesse contexto, a doutrina majoritária compreende atualmente que o dirigente pode se encontrar em uma posição de garantidor em relação a crimes empresariais⁴².

É nesse contexto que se busca na presente seção delinear os fundamentos materiais que embasam tal posicionamento.

5. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NO CONTROLE DO DIRIGENTE SOBRE O SUBORDINADO

Os posicionamentos que fundamentam materialmente a posição de garantidor no controle sobre o subordinado podem ser aglutinados em dois grupos de respostas: i) possibilidade de evitar o resultado em virtude do poder de dar instruções e da autoridade do superior; e ii) dever de agir em virtude do poder diretivo do superior⁴³.

40 NIETO MARTÍN, Adán et al. **Derecho penal económico y de la empresa**. Madri: Editorial Dykynson: 2018, p. 46.

41 GRECO, Luís et. al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109.

42 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Evitación de delitos cometidos por empleados. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal económico e da empresa**. Coleção Doutrinas Essenciais, Vol. 6: Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

43 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 108-109.

Quanto ao primeiro grupo, um dos argumentos centrais sustentados pela doutrina é o de que o dirigente da empresa teria a possibilidade de intervir no curso causal iniciado por seu subordinado, haja vista seu poder de gerência, consistente em dar ordens, instruir e mesmo organizar o trabalho alheio. Tais aspectos indicariam uma maior possibilidade de sua atuação no impedimento da prática de crimes pelo subordinado⁴⁴.

Já o argumento fulcral afeito ao segundo grupo é o poder de direção do superior hierárquico em relação ao subordinado, que conferiria controle daquele em relação a esse, seja no domínio fático do dirigente em relação aos objetos/coisas perigosos ou ao comando jurídico em face dos colaboradores subordinados⁴⁵.

Preceituam os Professores alemães Eric Hilgendorf e Brian Valerius ao discorrerem sobre o tema: “[...] o empregador tem um dever de vigilância já que da posição de direção advém um poder de dar ordens. Portanto, um superior, por meio de instruções vinculantes e controles, tem que, pelo menos, evitar delitos relacionados à empresa”⁴⁶.

O fundamento seria, portanto, o domínio do dirigente em relação às fontes de perigo próprias à empresa. No que tange a coisas ou objetos pertencentes à empresa, o dirigente opera como seu proprietário. Já em “[...] relação aos empregados, em decorrência de seu poder de direção em ambientes com organização hierárquica, exerce o domínio superior sobre os processos empresariais”⁴⁷.

O domínio exercido pelos órgãos diretivos da empresa se baseia no poder jurídico de direção (subordinação do empregado) e na existência de seus conhecimentos superiores relativos ao funcionamento da instituição. Com essa estruturação haveria uma aproximação desse domínio com aquele verificado “[...] na estrutura da autoria mediata por coação ou por erro no âmbito dos crimes comissivos, na qual o autor mediato utiliza o autor imediato como um instrumento em função do seu déficit volitivo (coação) ou cognitivo (erro)”⁴⁸.

Vale aqui a ressalva sobre a importância de se diferenciar um ato do subordinado praticado no interesse da empresa ou outro ato perpetrado em excesso.

44 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 109.

45 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 110.

46 HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 342.

47 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 110.

48 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 110.

Somente na primeira hipótese se verificaria a posição de garantidor do órgão diretivo em razão do próprio interesse da empresa e, conseqüentemente, de seu domínio. No segundo caso não há relação da conduta com a participação do funcionário na empresa, de modo que o resultado tampouco poderia ser evitado por uma medida típica de prevenção dos órgãos diretivos⁴⁹.

Um dos pontos centrais da controvérsia é a aplicação ou não do princípio da autorresponsabilidade ou da autonomia, uma vez que o funcionário que efetivamente praticou a conduta delitiva é plenamente responsável e punível por seus atos⁵⁰.

A posição relativa à autorresponsabilidade de maior difusão se vale do reconhecimento constitucional da liberdade ou capacidade de todo cidadão de se autodeterminar e, principalmente, do asseguramento do livre desenvolvimento de sua personalidade. Em suma, cada pessoa é responsável por seu próprio comportamento, não havendo responsabilidade em relação à atuação livre e responsável de terceiros⁵¹.

Contudo, a incidência do referido princípio restaria afastada, *a priori*, porque não se compreenderia o funcionário como um indivíduo autônomo, haja vista que em uma empresa eventuais condutas suas não decorrerão de uma decisão pessoal, adequando-se, ao contrário, às regras organizacionais da instituição⁵².

Feitas tais considerações, defende-se aqui que esses posicionamentos não se mostram os mais adequados à fundamentação material do dirigente empresarial enquanto garantidor originário.

O motivo para tanto é que na imputação em crimes omissivos impróprios um dos pressupostos é justamente a possibilidade de o agente, em termos concretos, atuar para evitar o resultado (possibilidade jurídica de agir). Além das balizas legais evidentemente aplicáveis - pois ninguém deve ser obrigado a praticar atos antijurídicos -, cabe aferir se a atuação do sujeito não implicaria em riscos a si⁵³

49 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 112.

50 ASSIS, Augusto. **A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas**. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 61.

51 GRECO, Luís et. al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 204-205.

52 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 111.

53 “[...] Segundo a opinião majoritária, está ausente uma omissão culpável caso não seja exigível do autor que realize a ação salvadora. Esse é o caso do garante que, por meio do adimplemento de seu dever, coloque em risco, de uma forma significativa, interesses próprios dignos de consideração, cujos significados de importância correspondam aos bens jurídicos a serem salvos” (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 349).

Ocorre que na posição acima exposta considera-se como garantidor o dirigente tão somente porque ele possui maiores condições de agir para evitar resultado em razão de seu nível hierárquico. Eis a questão problemática: os argumentos daqueles que sustentam tal entendimento são centrados na “capacidade jurídica” de agir do gestor, que na verdade é um dos pressupostos dogmáticos para a imputação por omissões impróprias. Em suma, subverte-se o dever de agir no poder de agir do agente.

6. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA INGERÊNCIA

A ingerência já foi abordada anteriormente. De acordo com a lei brasileira, aquele que gera um risco não permitido deve intervir com fins a evitar eventual resultado danoso (artigo 13, § 2º, do Código Penal). O que se busca aqui, contudo, é verificar se tal elaboração é suficiente, *per se*, para fundamentar, em termos materiais e de maneira ampla, a posição de garantidor do dirigente no contexto empresarial.

Na doutrina nacional se destaca a classificação proposta por Pierpaolo Cruz Bottini, ao compreender que as omissões impróprias podem ser divididas em dois grupos distintos: i) omissões relacionadas a riscos próprios ao sujeito, situações nas quais o omitente cria uma situação arriscada para o bem jurídico tutelado (dever de não lesar); e ii) omissões afeitas a riscos alheios ao sujeito, hipóteses em que a situação arriscada é produzida fora do âmbito de organização do agente (princípio da solidariedade)⁵⁴.

A ingerência estaria abarcada no primeiro grupo (riscos próprios). Há o dever de agir por parte do sujeito, notadamente quando sua atuação é essencial à manutenção do risco nos limites permitidos ou à restituição a tal status: “a omissão portanto, será caracterizada como uma falha na gestão do risco criado pelo comportamento inicial, e não administrado de forma cuidadosa pelo omitente”⁵⁵.

Para Bottini tais hipóteses estão sempre abrangidas pelo tipo penal, não havendo a necessidade de que a forma omissiva seja por ele prevista. Nesse caso se trataria de uma cláusula geral de caráter declarativo, tendo em vista que a omissão integra a competência organizacional do agente, não sendo necessária qualquer previsão adicional⁵⁶.

54 Parte-se aqui do princípio da solidariedade, ou seja, da premissa de que a funcionalidade e a coesão da vida em sociedade trazem consigo a exigência de que alguns indivíduos, diante de contextos determinados, atuem para proteger ou salvaguardar certos bens jurídicos em face de um risco criado por um terceiro. As alíneas “a” e “b” do artigo 13, § 2º, do Código Penal diriam respeito às omissões impróprias afeitas a riscos alheios ao âmbito de organização do agente (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 119-120).

55 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 117.

56 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 118.

Em suma, de acordo com tal concepção o desvalor da omissão se assenta na ideia de “gestão do âmbito de competências” do dirigente, que deve manter o risco permitido gerado a partir das atividades da empresa dentro dos parâmetros de permissividade.

O risco gerado pelo sujeito, partindo-se dos postulados da moderna teoria da imputação objetiva, deve ser qualificado como proibido/não permitido, de modo que o desvalor da omissão pode ser equiparado normativamente ao da comissão. Nessa toada, tal posicionamento pode ser sintetizado da seguinte forma:

[...] a ideia central é, pois, a de que a criação e operação de uma empresa representam riscos permitidos. Se na condução de suas atividades são violados deveres de cuidado ligados às atividades arriscadas, seja por ação, seja por omissão, então se cria um risco não permitido, imputando-se o resultado típico à omissão com fundamento na ingerência⁵⁷.

Malgrado tais apontamentos, tem-se que algumas ressalvas são necessárias, as quais partirão essencialmente das concepções de Bernd Schünemann. O professor em questão estruturou o seu entendimento geral sobre o fundamento material da posição ancorado no efetivo domínio fático deste em relação a uma causa geradora do resultado (deveres de asseguramento) ou ao desamparo de certo bem jurídico (deveres de salvação)⁵⁸. A ideia central é criar um critério material fundamentador que possa equiparar efetivamente a omissão à ação⁵⁹.

As concepções do professor Schünemann quanto aos delitos omissivos impróprios podem ser sintetizadas da seguinte forma:

[...] o fundamento dessa imputação reside na relação entre a pessoa e seu movimento corporal, que é a causa imediata do resultado nos crimes comissivos; dado que só se pode impor a mesma pena a alguém que omite se esta omissão por equiparável à ação, essa equiparação só pode ter lugar buscando o fator comum, isto é, o princípio geral que fundamenta a imputação do resultado ao agente; [...] o domínio sobre a causa ou fundamento do resultado⁶⁰.

Estas concepções são relevantes no caso em apreço, pois Schünemann compreende que pode haver uma longa distância (seja temporal ou pessoal) entre a prática e conduta pelo agente e o momento em que seria dele esperado outro atuar com fins a diminuir ou excluir o risco proibido que foi criado⁶¹. Tal quadro

57 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 122.

58 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 89.

59 SCHÜNEMANN, B. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Derecho Penal y Criminología**, [S. L.], v. 25, n. 75, p. 13–26, 2004. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037>. Acesso em: 29 jun. 2023. p. 23.

60 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 89.

61 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 88.

poderia acarretar um indevido alargamento da responsabilidade penal em situações nas quais a atuação do pretense garantidor é sensivelmente restrita.

Neste mesmo sentido se manifesta Heloisa Estellita:

Uma fundamentação geral da posição de garantidores dos dirigentes não pode ser fornecida apenas pelo recurso à ingerência. Quando se tem em conta que um de seus pressupostos é o de que o comportamento perigoso e o ônus de evitar suas consequências danosas refram-se ao mesmo sujeito – também denominado de proximidade do perigo –, ou seja, que o risco criado tenha provocado um perigo próximo da ocorrência daquele específico resultado, que se imputará ao garantidor, nota-se a insuficiência da ingerência para fundamentar, por exemplo, a posição de garantidor quando há um grande distanciamento temporal e pessoal entre a criação do perigo e a realização do resultado⁶².

É justamente nesses termos que ora se defende que a ingerência é insuficiente à fundamentação material da posição de garantidor do dirigente.

6.1. CONTROLE SOBRE A EMPRESA ENQUANTO FONTE DE PERIGO

A empresa é inegavelmente uma fonte de riscos, os quais podem se dar em relação a objetos, pessoas e na relação entre ambos no desempenho do escopo final da instituição. Baseando-se em posicionamentos correntes da doutrina, Juarez Tavares aponta dois grupos classificatórios que tratam, de forma ampla, sobre o conteúdo material da posição de garantidor: i) especial posição de defesa de certos bens jurídicos; e ii) responsabilidade pelas fontes de perigo⁶³.

O fundamento material da posição de garantidor do dirigente estaria inserido no segundo grupo, afeito à responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo, na qual se “[...] pressupõe um dever de vigilância referido a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados, de modo que se possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança”⁶⁴.

6.1.1. Coisas como focos de perigo

O indivíduo que possui o controle de uma coisa⁶⁵ tem, em consequência, o dever de monitorá-la e evitar os riscos que dela podem advir. É a partir dessa ideia que a doutrina majoritária utiliza o controle sobre a empresa enquanto fonte de perigo para fundamentar a posição de garantidor do dirigente. Consoante exposto, a criação lícita de uma empresa implica na geração de um risco permi-

62 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 124.

63 TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 316.

64 TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 316.

65 O termo “coisa” indica aqui tanto bens móveis quando imóveis, como complexos esportivos, estruturas comerciais, obras, edifícios e similares (ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 56.

tido, nascendo daí a obrigação de impedir que eventuais perigos advindos dessa atividade não se configurem em resultados típicos⁶⁶.

A ideia é a de que tal dever seria uma contrapartida à liberdade de possuir e controlar a coisa – empresa – enquanto fonte de perigo: “o reverso da liberdade de criar um foco de perigo é o dever – e, pois, a responsabilidade – de cuidar para que desse foco não advenham danos a terceiros ou à coletividade”⁶⁷.

Partindo-se dessas ponderações, a posição de garantidor advinda do controle das fontes de perigo é aplicável ao contexto empresarial, pois ao se ter em conta suas instalações ou mesmo suas atividades, as empresas usualmente reúnem uma série fontes de perigo⁶⁸.

Assim também se manifesta Imme Roxin, ao transpor tal lógica ao âmbito da empresa: “[...] o administrador da empresa tem uma posição de garantidor de vigilância em relação aos perigos derivados de coisas ou produtos da empresa; aquele que cria uma fonte de perigo deve garantir [...] que terceiros não sejam lesionados em seus bens jurídicos”⁶⁹.

Vale aqui a ressalva quanto a quais crimes estariam abarcados nesse contexto. Eduardo Demetrio Crespo pontua que o critério diferenciador central é se a prática delitiva decorre diretamente da atividade empresarial ou se constitui algo ocasional em relação a essa. Na primeira hipótese se estaria tratando dos denominados “delitos vinculados ao estabelecimento”, os quais se inserem no âmbito da esfera do dirigente enquanto garantidor, ao passo que a segunda hipótese restaria excluída de sua eventual responsabilidade⁷⁰.

Há quem compreenda que o fundamento material da posição de garantidor nesses casos não seria propriamente a empresa enquanto fonte de perigo, mas sim um juízo de ponderação entre o exercício da liberdade do indivíduo que exerce sua conduta autonomamente e o direito de exclusão que é gerado a partir da posse da coisa.

66 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 118.

67 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 118.

68 ASSIS, Augusto. **A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas**. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 57.

69 ROXIN, Imme. **Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria**. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**. Coleção Doutrinas Essenciais, Vol. 2: Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1033.

70 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Evitación de delitos cometidos por empleados. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**. Coleção Doutrinas Essenciais, Vol. 6: Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

Essa vertente entende que quem cria o risco está em melhores condições de conhecer e projetar os possíveis perigos de sua atuação. Assim, incumbe ao gerador do risco evitar eventuais situações perigosas originadas, pois aos demais cidadãos tal acesso no âmbito de organização da coisa é vedado. Em razão disso há, inclusive, uma “[...] expectativa e uma confiança das pessoas de que os cuidados devidos sejam tomados”⁷¹.

Defende-se aqui não haver ressalvas técnicas quanto a tais fundamentações, pois tecnicamente nos parecem adequadas e corretas ao se ter em conta a posição do dirigente empresarial. Nesses termos, é sempre necessário que se analise, empiricamente, quem é o responsável pelo controle de fontes de perigo derivadas de coisas afeitas à atividade da própria empresa. Mas não só: é ainda essencial verificar o efetivo domínio fático daquele que seria tido como garantidor, sob pena de se alargar indevidamente a responsabilidade jurídico-criminal assentada em tal critério.

6.1.2. Pessoas como focos de perigo

Ao se tratar dos riscos provenientes de pessoas ligadas à atividade da empresa, fundamenta-se a posição de garantidor na existência de algum mecanismo juridicamente reconhecido que possibilite a direção de terceiros subordinados no âmbito da instituição, ou seja, uma posição de autoridade, instrutória ou de controle⁷².

É essencial, em primeiro lugar, que esse dever de agir para evitar a ocorrência de um resultado típico se limite apenas aos riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial, no qual se dá o controle do próprio dirigente:

[...] o delito deve ter íntima relação com a atividade desempenhada pelo funcionário. Não basta que o contexto empresarial tenha facilitado a prática do delito. Assim, furtos e lesões corporais realizados no interior da empresa não se enquadrariam nesse critério, enquanto uma adulteração na fatura a ser paga por um cliente sim⁷³.

Outra primeira peculiaridade nestes casos é o fato de que, usualmente, não se considera que exista um domínio fático de pessoas similar àquele que fundamenta o controle de coisas perigosas (vide item “4.3.2”), pois a ordem jurídica acaba por valorar a autonomia pessoal como um fator essencial⁷⁴.

71 ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 55-56.

72 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 120.

73 ASSIS, Augusto. **A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas**. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 63-64.

74 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados

Há quem compreenda, assim, que a autorresponsabilidade do subordinado geraria um enfraquecimento do poder diretivo do superior (dirigente). O resultado seria a impossibilidade de se fundamentar a posição material do dirigente nesses termos, pois não poderia ser ele totalmente responsável pelos atos praticados por seu subordinado dotado de autorresponsabilidade⁷⁵.

Em nosso entendimento a invocação da autonomia pessoal não pode ser tida como eventual impeditivo nesse caso. Os dirigentes empresariais são dotados de liberdade na organização e gestão da instituição e de seus colaboradores. É justamente daí que surge seu dever de controlar os riscos advindo desses processos.

O professor Ricardo Robles Planas compreende que há diversas situações nas quais o âmbito de atuação dos dirigentes empresariais, sem qualquer impedimento, também engloba condutas de colaboradores subordinados, ainda que autorresponsáveis. A título exemplificativo, na própria empresa o manejo de coisas perigosas por subordinados – terceiros não garantidores – gera o dever de vigilância do titular do âmbito de organização, no caso o próprio dirigente, que deve zelar para que não haja riscos para terceiros⁷⁶.

Na visão do autor, isso não implica em uma responsabilidade do comportamento do outro, mas sim uma responsabilidade derivada dos deveres afeitos ao âmbito de organização do dirigente quanto à empresa. A peculiaridade é que existe uma ampliação desse âmbito por meio de outros indivíduos incorporados nesse processo, no caso sujeitos subordinados⁷⁷.

Nessa toada, aduz Heloisa Estellita:

[...] não se coloca a questão da barreira representada pela autorresponsabilidade daquele que pratica ativamente a conduta injusta, porque o dever do garantidor não tem por objeto, necessariamente, o atuar sobre o agente, mas, sim, o dever de evitar a ocorrência do resultado entendido como acontecimento típico⁷⁸.

Defende-se aqui que tais posicionamentos são plenamente adequados para fundamentar materialmente a posição de garantidor do dirigente, especificamente nos casos em que riscos são criados por pessoas afeitas à atividade da empresa. Reitere-se, de qualquer forma, que a questão de relevo nestes casos é limitar

por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 120.

75 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 126.

76 ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Delito y empresa**: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2018, p. 28.

77 ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Delito y empresa**: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2018, p. 28.

78 ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 127.

ao máximo os critérios de determinação do garantidor. Nestes termos, parte-se mais uma vez das proposições do Professor Bernd Schünemann (exposta no item “4.2”), a partir da qual compreende-se que deve haver o efetivo domínio fático do dirigente em relação a uma causa geradora de resultado lesivo a terceiros, decorrente da atividade da empresa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento central que permite inserir o dirigente empresarial em uma posição de garantidor diz respeito à empresa enquanto fonte de perigo. Como seu controlador primário, incumbe originariamente ao dirigente evitar que riscos não permitidos sejam produzidos – no bojo do escopo social da instituição - em desfavor de terceiros. Tal controle de riscos, contudo, deve se limitar aos chamados “delitos vinculados ao estabelecimento”, ou seja, crimes diretamente decorrentes da atividade empresarial, pois do contrário se teria uma extrapolação do âmbito de organização do dirigente enquanto garantidor originário.

As normativas societárias e outros deveres extrapenais, sejam de ordem legal ou mesmo contratual, devem ser analisados para que ao menos seja traçada uma delimitação indiciária dentro da empresa quanto a possíveis garantidores. Contudo, não é cabível que o dirigente empresarial seja automaticamente tido como garantidor originário exclusivamente por sua posição.

É imprescindível perquirir, em termos fáticos e empíricos, quem era efetivamente o agente responsável por evitar resultados típicos advindos da atividade empresarial e, conseqüentemente, salvaguardar bens jurídicos tutelados penalmente. As relações internas havidas na instituição empresarial ganham especial relevo nesse contexto, pois é a partir dessas que serão mais bem compreendidos os âmbitos de atuação dos dirigentes e colaboradores.

O fundamento material de enquadramento do dirigente enquanto garantidor originário diz respeito ao controle da empresa enquanto fonte de perigo. A criação lícita de uma empresa implica na geração de um risco permitido, nascendo daí a obrigação de impedir que eventuais perigos advindos dessa atividade não se configurem em resultados típicos.

No entanto, é essencial que tal critério seja aplicado apenas a partir de resultados típicos que se limitem aos riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial, sob pena de alargar indevidamente o âmbito de atuação do dirigente enquanto garantidor. Complementarmente, é também fundamental que se compreenda como garantidor tão somente aquele que possui o efetivo domínio fático da causa geradora do resultado lesivo a terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea:** dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

ARANHA, Rodrigo Domingues de Castro Camargo. **A responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho et. al. **Código Penal comentado.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico:** Leis Penais Especiais. Vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes das empresas. *In:* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** Parte Geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro:** aspectos penais e processuais penais – Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal:** Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União,** Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.209, publicada em 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Oficial da União,** Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva:** crimes de perigo abstrato e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Evitacion de delitos cometidos por empleados. *In:* PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito Penal Econômico e da Empresa.** Coleção Doutrinas Essenciais, Vol. 6: Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- GRECO, Luís et. al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito penal**: Parte Geral. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: arts. 11 a 27. Vol. 1, Tomo 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade e risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Lições fundamentais de direito penal**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- NIETO MARTÍN, Adán et al. **Derecho penal económico y de la empresa**. Madri: Editorial Dykynson: 2018.
- PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Editorial B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128834. Acesso em: 1 mar. 2021.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. *In*: SILVA SANCHEZ, Jesús-María; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Delito y empresa**: estudios sobre la teoria del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2018.
- RODRIGUES, Dalila. **A omissão do empresário**: fundamentos e limites da posição de garantidor por omissão imprópria no âmbito da atividade empresarial. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.
- ROXIN, Claus. Prefácio: reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal. *In*: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**: Parte Geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 45-68.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2009.
- ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal**. Coleção Doutrinas Essenciais, Vol. 2: Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría**. **Derecho Penal y Criminología**, [S. l.], v. 25, n. 75, p. 13-26, 2004. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**. Vol. 1: Parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito penal econômico e da empresa**. Coleção Doutrinas Essenciais, Vol. 1: Teoria geral da tutela penal transindividual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

O PAPEL DA ECONOMIA NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

FERNANDO PEREIRA DA SILVA¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, de cunho exploratório, pretende analisar sobre o que a economia pode contribuir para redução da criminalidade, uma vez que parcela importante dos crimes são cometidos com o objetivo de obter dinheiro

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, na qual foram utilizados livros e artigos científicos acerca das temáticas abordadas, bem como a análise documental de pesquisas sobre o emprego a relação da economia com a criminalidade no Brasil e em outros países.

A hipótese principal é que preciso considerar a influência positiva ou negativa que a economia exerce como estimula ao cometimento de crimes. Para tanto, a pesquisa versará sobre como emprego, renda, educação e oportunidades diminuem a possibilidade de aliciamento de jovens, bem como aumentam o custo do crime.

A economia do crime move muito dinheiro por meio dos mercados ilícitos. Contudo, essa vultosa quantia de dinheiro é usufruída por parcela pequena dos criminosos. No Brasil, a grande maioria dos criminosos não passa de proletários do crime – mão de obra barata e descartável – que são mortos ou presos, enquanto os líderes têm alto lucro oriundos desses mercados ilícitos.

A economia e a criminalidade se mostram entrelaçados, visto que ora a criminalidade cria fatos econômicos, ora tais fatos repercutem na esfera criminal. Assim, o presente estudo pretende tratar de como e até que ponto a economia influencia nos índices de criminalidade e, conseqüentemente, na segurança, bem como o quanto a insegurança prejudica a recuperação e o crescimento econômico.

Ademais, até que ponto o crime acarreta conseqüências econômicas como, por exemplo, de afugentar investimentos em áreas consideradas perigosas. Tal estudo se iniciará a partir da análise econômica da criminalidade e seus reflexos na economia, uma vez que se entende ser imprescindível a compreensão do aspecto econômico para se mitigar os problemas relacionados à segurança.

1 Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: nandopesilva@gmail.com. Assessor Jurídico do Comando do Exército. TIA nº 7225126-3.

Dessa forma, pesquisar-se-á a importância do desenvolvimento econômico e da distribuição de renda para diminuição dos conflitos sociais decorrentes da desigualdade e do desemprego. O aspecto econômico também será pesquisado de forma a refletir sobre como o aumento dos custos e diminuição da lucratividade e dos benefícios associados a atividades ilegais podem ser fatores importantes para desestimular as práticas criminais e reduzir o número daqueles que se propõem a se tornar “empresários do crime”.

Com efeito, pretende-se analisar o quanto o fator econômico possibilita o acesso à mão de obra barata e permite a cooptação de pessoas para trabalharem no crime, seja no tráfico de drogas, seja em atividades delituosas comuns não associadas às organizações criminosas como, por exemplo, furto. A seguir, a pesquisa tratará da distinção necessária entre a criminalidade organizada e a desorganizada, abordando o quanto a primeira reflete negativamente na economia, bem como exige medidas de investigação a fim de combatê-la com eficácia.

Destarte, quando os custos são mais baixos que os benefícios, os agentes são estimulados a cometerem crimes, a conduta delituosa passa a compensar. Nesse sentido, por exemplo, diminuir a desigualdade, aumentar os índices de educação, elevar os níveis de emprego seriam ações estatais que aumentariam o custo dos “empresários do crime”, visto que dificultariam a obtenção de mão de obra barata, o que é comum nas comunidades fluminenses², como observa VIAPIANA (2006, 39):

“...Para um desempregado (sem renda), o custo da renda perdida, em termos de tempo de prisão, é zero. Em consequência disso, para ele o benefício monetário do delito, por pequeno que seja, é maior do que o custo medido pela renda perdida em função da punição (zero). Assim, a renda média baixa ou o desemprego contribuem para reduzir os custos do crime para o indivíduo, fazendo com que aumente o incentivo para que ele decida pelo crime.

O nível de educação da população também afeta os custos de oportunidade dos crimes, na medida em que influencia a expectativa de retorno dos indivíduos no mercado legal ou ilegal”.

Esse estudo tratará da forma, sob à luz da economia, das ações que podem aumentar o custo da contração da mão de obra criminosas, bem como desestimular e reduzir os lucros da economia do crime.

2. TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

O crime organizado tem por objetivo a obtenção de dinheiro e envolve tráfico de drogas, armas, pessoas, órgãos, animais, mercadorias falsificadas, pornografia infantil e o cibercrime, sendo responsável conforme estimativa por 15 a 20% do PIB global (GOODMAN, 2015, p. 187). A elevada expectativa de ob-

2 Há várias explicações para que uma pessoa adentre a delinquência. Neste estudo enfatizaremos o fator econômico.

tenção de renda a níveis inimagináveis para atividades legais move esse mercado ilícito.

Crimes como o tráfico de drogas, armas, pessoas, órgãos, animais, a mercadorias falsificadas e contrabandeadas, a pornografia infantil, a exploração sexual, cibercrime, entre outros permitem altos lucros. Há empresários do crime que escolhem a prática delitiva porque as atividades ilícitas possuem margens de lucros fartas e livres de impostos. Para esses cometer crimes é apenas um negócio vantajoso, independentemente das repercussões negativas que suas atividades causam à sociedade e as pessoas individualmente.

Nesse contexto, é comum o aliciamento de jovens para integrar grupos criminosos organizados. No Brasil, o tráfico de drogas é o exemplo típico desse aliciamento, que emprega milhares de jovens considerados mão de obra barata e descartável pelos grandes traficantes e pela milícia³. Ademais, o próprio controle de atividades econômicas nas suas áreas de domínio é outro exemplo do enlace entre criminalidade e economia.

A ineficiência no combate ao crime organizado, têm reflexos no alto número de armas, munições e drogas traficadas, que adentram no Brasil. Vale lembrar que tanto traficantes como milicianos almejam lucro. A farta lucratividade obtida com suas ações ilegais é a razão que os move. Misse (1997) observa o pouco efeito das ações emandadas do poder público sobre o crime organizado, citando a cidade do Rio de Janeiro como exemplo:

“...Pela primeira vez na história da cidade, no fim das primeira metade dos anos 90, todos os grandes banqueiros do jogo do bicho vão para cadeia. Mas as redes do mercado informal do jogo do bicho continuam a funcionar normalmente. O mesmo padrão ocorre com o tráfico: a polícia prendeu sucessivamente, ao longo dos últimos quinze anos, todos os principais “donos” de áreas de tráfico da cidade, e o tráfico continua a funcionar normalmente. É essa força intrínseca do mercado informal ilegal no Rio, uma força que reúne entre 200 mil a 400 mil trabalhadores e muitas centenas de pequenos e grandes empresários, que continuam a desafiar a maior parte das análises”.

O lucro fácil e vultoso, bem como a possibilidade pequena de ser identificado, processado e punido são o combustível para o crime organizado, que mesmo os criminosos se identificados poderão contar com bons advogados; geralmente pouca eficiência e desestrutura de aparelhos policiais e jurídicos; amplas possibilidades de recursos legais e até mesmo a corrupção de parte dos agentes policiais e juízes, haja vista que quem tem dinheiro pode sempre negociar favores e benefícios legais.

3 Explica MISSE et al (2018, p.52) que milícias é como ficou conhecida a existência de grupos de agentes de Estado que controlavam bairros, favelas e conjuntos habitacionais, cobrando taxas de ‘proteção’ aos moradores e exercendo o monopólio de algumas atividades econômicas, como transporte alternativo, a venda de gás e a distribuição clandestina de sinal de tv a cabo.

A Teoria Econômica do Crime e a Teoria da Escolha Racional explicam, sob o olhar econômico, a conduta humana criminosa. Ambas teorias se tornam mais hábeis a explicar o fenômeno criminal quando se observa o crime organizado, uma vez que se amoldam a essa prática criminosa (nitidamente caracterizada para obtenção de vantagens pessoais, geralmente dinheiro). As aludidas teorias defendem que cada pessoa escolhe se de fato compensa correr riscos ao cometer um ilícito econômico e qual é o seu limite pessoal para isso. Nessa escolha se avalia os benefícios do crime (prestígio, poder, dinheiro e perspectivas) e também outros elementos não-econômicos (família, religião, educação, imagem social, altruísmo, etc), se identificando se vale a pena delinquir e até aonde se está disposto a ir no cometimento do delito (BECKER, 1968).

Assim, o cometimento de crimes segundo a Teoria Econômica do Crime seria uma escolha racional que avaliaria o custo e o benefício no cometimento de crimes. Nesse contexto, há dois conjuntos de incentivos que inibiriam a prática de crimes (BRENNER, 2009, p.30):

1. os incentivos negativos - visam a prevenção, impondo severidade na pena e probabilidade alta de que o criminoso seja punido;
2. os incentivos positivos - buscam dissuadir as pessoas com alternativas legalmente oferecidas como, por exemplo: empregos atrativos, boas oportunidades, programas de habilitação profissional, diminuição da disparidade na distribuição de renda na sociedade.

Dessa forma, quem participa de uma organização criminosa objetiva ganhar dinheiro fora das regras legais vigentes, uma vez que os lucros na ilegalidade são bem maiores, não estando sujeitos aos tributos ou às regras de mercado. Ademais, a inadimplência nesse mercado ilegal é paga com a própria vida. Aqueles que não cumprem o contratado com os criminosos estão sujeitos a serem assassinados. Essa é a regra do jogo.

Os delitos praticados com o objetivo de conseguir dinheiro são os mais comuns em sociedades capitalistas. Roubo; furto; estelionato; fraudes; crimes cibernéticos e homicídio cuja motivação seja obtenção de dinheiro; propaganda enganosa que promete resultados fantásticos (verdadeiros milagres) com a aquisição de produtos ineficazes; captura agências públicas pela iniciativa privada; especulação imobiliária ou em bolsa de valores; a advocacia administrativa (defesa de interesses privados por agentes públicos); e outra, todas essas ações delituosas visam obter dinheiro e submeter concorrentes econômicos a posição desvantajosa no mercado. O lucro move o capitalismo e nem sempre as pessoas estão dispostas a se guiar por condutas éticas, que respeitem as leis vigentes para conseguir dinheiro.

Diante dessa constatação, a Teoria Econômica do Crime prevê que as políticas públicas de inibição da criminalidade devem respeitar a seguinte equação: P (probabilidade de ser pego); F (tamanho da multa) ou S (severidade da pena), conforme aponta BRENNER (2009, p. 19). Assim, quanto maior for a probabilidade de ser identificado e punido o criminoso, bem como quanto maior for o custo financeiro (multas e perda de bens) e pessoal (pena prisional adequada a desestimular a prática do delito; e prejuízos a reputação) também maior será o desestímulo a conduta delituosa. Essa equação se aplica também aos crimes cometidos cujo objetivo principal não é obter dinheiro.

3. OS CUSTOS ECONÔMICOS DO DESCONTROLE DA CRIMINALIDADE

Altos índices criminais têm como consequência altos custos sociais e econômicos para as pessoas. Os custos com a violência para a sociedade são variados, compreendendo despesas tais como: sistema prisional; os relacionados à área social, incluindo despesas com pagamento de benefícios previdenciários; gastos com a recuperação da saúde de vítimas e de criminosos (ferimentos e psicológicos); aumento com investimento em segurança (muros cada vez mais altos; monitoramento eletrônico avançado; vigias; seguros; compra de equipamentos e armas, etc.). Ainda, a falta de segurança tem efeito perverso na produtividade, pois os recursos que seriam aplicados na produção, na valorização do empregado, acaba sendo investido em itens de segurança, tornando toda a população menos valorizada nos seus ambientes de trabalho e menos segura, ao sair deles.

Ademais, até que ponto o crime acarreta consequências econômicas como, por exemplo, de afugentar investimentos em áreas consideradas perigosas. Qual empresário que tendo opções vai investir em áreas perigosas, sujeitas a balas perdidas, constantes assaltos, ou domínio territorial de traficantes e milicianos (que cobram taxas de comerciantes e moradores)? Bares reduzem horário de funcionamento, pessoas mudam a rotina e deixam de sair de caso em determinados horários, toda uma cadeia de consumo é prejudicada. A violência elimina empregos e oportunidades, a falta destes gera mais pobreza e criminalidade. É um ciclo negativo que se retroalimenta.

O medo de represália dos grupos criminosos, que mantém seu domínio atemorizando os moradores de comunidades, fatores esses que associados à corrupção de agentes públicos causam desesperança quanto ao futuro e a mudança da violenta realidade vigente. Destaca-se que não há pessoa que queira viver sob o julgo de criminosos, os que vivem nessa situação são porque são pobres e não tem para onde ir. É natural que nas circunstâncias aludidas de alta criminalidade haja esvaziamento econômico com prejuízo de atividades como turismo e mesmo produção industrial.

A política criminal se submete a economia, visto que o gasto público com a repressão (polícia, justiça e presídios), supera significativamente aquele com a prevenção, caracterizadas por medidas ressocializadoras e de neutralização de novos agentes infratores. Ações preventivas custam menos, e geralmente, têm efeitos mais longínquos e resultados melhores contra a criminalidade. É bem mais econômico gastar com escolas do que com presídios.

A violência é utilizada nos mercados negros e nas organizações criminosas para obrigar o cumprimento dos contratos, preservar a fatia do mercado e defender os territórios de venda⁴. Ademais, há outros prejuízos ocasionados ao cidadão decorrentes de altos índices criminais: o seguro de automóvel encarece, conforme o local da residência; desvalorização de imóveis, por estarem localizados em áreas de conflito armado, comerciantes sofrem extorsões nas localidades dominadas por criminosos e tem que repassar seus custos para a população para prosseguir nos negócios. Ainda, residir em área próxima a comunidades afetadas por constantes tiroteios pode inviabilizar a venda ou aluguel de imóvel, ocasionando prejuízo econômico. Finalmente, há o risco de se ter imóvel invadido e usurpado por criminosos⁵.

A diminuição dos riscos e a previsibilidade nas ações do poder público estimulam a contratação de bens e serviços e, com isso, o crescimento econômico. Ao contrário, a insegurança forma verdadeiro ciclo negativo, debilitando a economia da localidade que sofre com esse problema, como aponta VELÁSQUEZ (2012, p. 19):

A segurança deve ser parte da estratégia de desenvolvimento das cidades e países. Sem segurança não há investimento, sem investimento não há emprego e sem emprego não há desenvolvimento. Nenhum país ou cidade com altos níveis de insegurança atrai investimento, ao contrário espanta.

4 Nesse sentido, faz-se necessário mencionar importante pesquisa de DIRK; MOURA (2017, p. 68) que levantou as circunstâncias ou motivações da letalidade violenta (447 vítimas) na Região Metropolitana do Rio de Janeiro em 2014, a partir da investigação perpetrada por meio de inquéritos policiais. O estudo apresentou os seguintes números: em 31,6% não foi possível identificar o que motivou o crime. Contudo, nos 68,4% onde foi possível a identificação, os motivos estão assim distribuídos: 21,4% das mortes estão associadas ao tráfico de drogas; 14,3% são mortes resultantes de intervenções legais, ações do estado; 12,3% por motivos fúteis (brigas, discussões, vinganças, dívidas contraídas, e outros); e a milícia é responsável por 8,3% das mortes. Os números demonstram que cerca 30% dos homicídios têm origem no tráfico de drogas e nos milicianos, ambos os grupos que dominam grande número de localidades no Rio de Janeiro, mantendo seus interesses econômicos através da violência. Ressalta-se que quanto ao tráfico de drogas, as principais razões que motivaram esses assassinatos foram a cobrança de dívidas, vítimas de vingança do tráfico, e o confronto entre facções rivais.

5 Quando exerci a atividade de Delegado da Polícia Judiciária Militar, no ano de 2015, quando as Forças Armadas ocupavam aquela comunidade na Cidade do Rio de Janeiro-RJ, ouvi o seguinte relato de um ex-morador do complexo da Maré, que pedia ajuda para buscar seus pertences na referida comunidade. Dizia ele que, havia sido expulso ao descobrirem na comunidade que sua profissão era segurança. Afirmava este senhor ainda que os traficantes “donos do território”, não gostavam de saber que existiam pessoas que sabiam lidar com armas em sua área e que seu caso não seria o único; outros seguranças já teriam sido expulsos do local. Relatos semelhantes de outras 4 (quatro) pessoas, davam conta de que embora a polícia tivesse ciência de tais fatos, não oferecia qualquer ajuda. Diante do relato, houve o encaminhamento do cidadão ao setor que cuidava dos assuntos civis correspondentes à operação na Maré, não tendo o autor conhecimento acerca do desenrolar do caso.

A política econômica e ações sociais se revestem de ingredientes fundamentais para o sucesso de uma política criminal, que deve compreender o delito a partir do seu conceito econômico e não apenas jurídico, considerando que o criminoso de forma racional avalia quando os benefícios superam os custos e compensam os riscos, conforme defende BECKER (1968).

4. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Os criminosos pobres, que residem nos subúrbios e comunidades faveladas vêm sendo usados como peça descartável, já que, quando feridos ou mortos, são facilmente substituídos por outros, sem prejuízo do negócio milionário que envolve o tráfico de drogas e armas no ERJ e no Brasil. Segundo MISSE (2018, p. 36), contabilizam-se mais de 300 mil jovens assassinados nos últimos 20 anos no Brasil, sendo parte significativa aqueles vinculados ao mercado informal das drogas ilícitas. Enquanto isso, os responsáveis por esses mercados ilícitos se mantêm incólumes e usufruem de altos lucros, bem como de proteção política e empresarial, adquiridas por meio da compra, muitas das vezes, de proteção dos agentes públicos, especialmente policiais e juízes.

Sobre a necessidade de desenvolvimento do Brasil, BRESSER PEREIRA (2018, p. 9) afirma:

“...o Brasil precisa dramaticamente de um projeto nacional; precisa vencer a quase estagnação econômica que já dura quase 40 anos, precisa se reindustrializar ou voltar a se sofisticar produtivamente, e precisa no plano político, recuperar a relativa coesão social perdida nos últimos cinco anos. Entre 1930 e 1980 o Brasil se industrializou e a renda *per capita* brasileira cresceu a uma taxa *per capita* de 3,8 ao ano; desde os anos 80, o país entrou em desindustrialização e a economia está quase-estagnada, crescendo à modesta taxa de 1% até 2016, magnitude insuficiente para que o Brasil possa alcançar o nível de renda *per capita* dos países ricos. O Brasil está ficando para trás no conjunto dos Estados-nação e precisamos reverter isso.”

Ao se falar no desenvolvimento nacional, são apontados diversos desafios que precisam ser superados. É comum a menção a melhoria da infraestrutura, a necessidade de pesquisa e inovação tecnológica, aprimorar as políticas de educação, promover a inclusão social e regional, racionalização dos gastos públicos, estabilidade econômica, etc. (análise de contas do Tribunal de contas da União apud NARDES et al., 2016, p. 63).

A melhoria da qualidade do sistema educacional brasileiro é outro desafio a ser enfrentado. A educação brasileira merece destaque a parte, haja vista estar relacionada tanto ao desenvolvimento do Brasil, com o desenvolvimento individual, bem como a diminuição das desigualdades. BRESSER- PEREIRA (2018, p. 83) explica:

O fator determinante do crescimento é o investimento, mas este só resultará em aumento da produtividade se a mão de obra que é necessária para operar as máquinas e coordenar a produção estiver disponível. Todos os países que se desenvolveram rapidamente deram prioridade

à educação – a radical extinção do analfabetismo. Não foi assim no Brasil. O desempenho do Estado e das elites brasileiras em relação à educação é lamentável.

A educação é deficiente na maioria da rede pública de ensino do Brasil. Não se ensina as operações matemáticas básicas, tampouco se instrui a interpretar e raciocinar sobre um texto. NARDES et al (2016, p. 103) aponta medidas na educação para que o Brasil se desenvolva:

1. Condições para o ensino de toda sua população, sob os aspectos quantitativo e qualitativo;
2. Cultura voltada à inovação e ao desenvolvimento da tecnologia;
3. Condições propícias à retenção de valores humanos no país, em face de o conhecimento estar no rol dos recursos móveis;
4. Mecanismos de incentivo à produção de tecnologia, seja por linha de empréstimo ou de incentivos fiscais

Vale destacar que a educação desigual entre ricos e pobres no Brasil é fator de perpetuação de castas sociais, imputando aos pobres e, em especial negros, situação social desfavorável consolidada historicamente. O pobre que estudar em escolas ruins carregará consigo enorme dificuldade que só será superada com muito esforço e dedicação ou talento que o diferencie dos demais. Isso explica porque no Brasil, a ascensão social de negros ocorre ainda hoje geralmente por meio da música e dos esportes, cujo maior exemplo é o futebol.

As classes mais abastadas do Brasil nunca se preocuparam em de fato favorecer a igualdade do Brasil. E o principal instrumento político para a manutenção do seu privilégio é a educação desigual.

Em 1905, Manuel Bonfim já apontava os problemas educacionais brasileiros no seu livro: “A América Latina: males de origem”. Assim, é preciso frisar que os problemas educacionais do Brasil têm cunho histórico e persistem devido à mentalidade da classe dirigente brasileira de que não se devia educar a classe pobre, com o objetivo de mantê-la sobre controle. BONFIM (2008, p. 139) critica a classe dirigente brasileira ao não educar o povo:

Dir-se-ia que tais homens são incapazes de acompanhar os fenômenos sociais até a sua origem, e por isto pretendem colher os frutos, sem preparar a sementeira; constroem à chinesa: **apuram a educação superior, antes de propagar a primária – fazem doutores para boiar sobre uma onda de analfabetos. Em vez do ensino popular, que prepare a massa geral da população – elemento essencial numa democracia, em vez da instrução profissional-industrial, donde tem saído o progresso econômico de todas as nações, hoje ricas e prosperas – em vez disto, reclama-se universidades** - já alemãs, já francesas⁶. Grifo Nosso

BONFIM (2008, p. 124 e 125) enfatiza que ao se libertar os escravos ninguém se deteve a examinar o caso e fazer a transformação na produção, não viam que o trabalho livre deve ser inteligente e aperfeiçoado e que era necessário

6 Manuel Bonfim critica a ideia de transportar para o Brasil as universidades germânicas para solução dos problemas educacionais.

educar o trabalhador, instruí-lo, levar o produtor a melhorar os seus processos, meio único de compensar a barateza do trabalho escravo. Ao contrário, impingem-se aos antigos escravos a obrigação por lei a trabalhar, por salário miserável, ao prescrever legalmente a vagabundagem.

Cumprir elucidar que liberdade, igualdade e educação estão intrinsicamente ligadas. Para ser livre é preciso se sentir igual de modo rejeitar qualquer discurso de superioridade ou mesmo a própria imposição de escravidão, uma vez que se escraviza aquele que se considera como inferior. A escravidão se mantém à custa do conceito de superioridade de pessoas sobre outras, por variados motivos empregados para justificá-la como: raça, cor, inteligência, traços físicos, dinheiro, nascimento, nacionalidade, etc. Portanto, aquele que não se sente inferior (sente-se igual), não se deixa escravizar, luta pela sua liberdade e não tolera a ação que busca inferiorizá-lo. A educação é fundamental para que as pessoas tomem conhecimento de que não são melhores e nem piores do que ninguém⁷.

Nesse sentido, toda essa desigualdade histórica, que limita a ascensão social do mais pobre repercute no aumento da criminalidade e no aliciamento de jovens pobres colocados à margem da sociedade e sem perspectivas de melhoria de suas condições financeiras.

Outrossim, em regra, a sociedade valoriza as pessoas por seu poder e dinheiro. Embora exista o discurso politicamente correto que valoriza aquele que é honesto e trabalha mesmo ganhando pouco, na prática, tal valorização inexistente, não passando de meras palavras diante da realidade. No cotidiano, as pessoas percebem que o dinheiro, fama, sucesso e poder faz elas se tornarem alguém, serem vistas e reconhecidas como pessoas importantes. Lembra Botton (2021, p. 14) que pessoas com status social baixo continuam despercebidas, são tratadas com grosseria, suas idiosincrasias são menosprezadas e suas identidades ignoradas.

Ainda, sendo mais enfático sobre o pouco status e o desprezo que a pobreza gera, Botton (2000, p. 27) diz: se a pobreza é a punição material costumeira para um status inferior, então o desprezo e os olhares distantes são as punições emocionais que um mundo esnobe parece incapaz de deixar de impor aos que são privados dos símbolos de importância. O desejo de obter dinheiro, poder e status, motiva pessoas ambiciosas a adentrarem no crime, contudo no Brasil a falta de perspectivas de parcela da população pobre em alcançar por vias legais sucesso econômico aumenta os índices criminais. Um traficante morto hoje, por exemplo em comunidades cariocas, é facilmente substituído por outro criminoso, dando continuidade ao “negócio do crime”.

7 Kelsen (2000, p. 167) ensina: “Quanto mais elementar for o seu sentimento com relação a quem se arvora seu superior, mais provável será que ele pergunte: ele é um homem igual a mim; somos iguais, de onde provem seu direito a me dominar? Portanto a ideia negativa de igualdade está sustentando a ideia igualmente negativa de liberdade.

Destaca-se que mesmo sendo moralmente “condenável”, o bandido seria capaz de se fazer respeitar pela sua arma e seu poder de intimidação. Assim, o abandono da condição de traficante significa uma ferida em sua dignidade pessoal e sua respeitabilidade. O caráter subalterno das atividades exercidas pelos trabalhadores e sua dificuldade de ter acesso a bens simbolicamente valorizados ocasiona outra perda importante para esses rapazes: a atração que exercem sobre as mulheres. NAIDIN (2012 p. 142-143), após explicação nesse sentido, relata depoimento em sua pesquisa: *“As meninas não querem o cara que é porteiro, faxineiro e que, ainda, por cima não tem dinheiro. Elas querem ‘O Cara da favela’, o cara que vai poder dar alguma coisa para ela”*.

Em síntese, a marginalidade está configurada também como uma questão cultural: no tráfico os jovens podem ter as mulheres que querem, dinheiro e objetos prestigiosos que ostentam (o fuzil, a moto, carro, o ouro, etc). Logo, a lógica que se extrai desse fato é a de que, para os criminosos, há mais prestígio em cometer crimes do que ser trabalhador, ganhando baixos salários. Os jovens pobres residentes nas favelas e nos subúrbios das cidades brasileiras, nas relações sociais ou mesmo intuitivamente, aprendem: antes ser bandido com dinheiro, que ser honesto sem recursos.

Por sua vez, sobre os benefícios das reduções das desigualdades sociais, cabe explicitar lição de STIGLITZ, (2016, p. 257-258) que desigualdades crescentes, com distribuição de renda desequilibradas, reduzem a demanda agregada (os ricos tendem a gastar uma proporção menor de sua renda, em comparação com os pobres) e isso pode tornar o crescimento econômico mais lento. A tentativa das autoridades monetárias de compensar esses efeitos pode contribuir para a formação de bolhas de crédito, e essa bolhas, por sua vez, provocam estabilidade econômica. É por isso que a desigualdade frequentemente está associada à instabilidade econômica.

Merece destaque que melhoria dos indicadores sociais brasileiros exige o investimento adequado em políticas públicas sociais de transferência de renda dos ricos para os pobres e ainda de uma política educacional consistente que permita ampla concorrência e acesso empregos e cargos mais qualificados, com maior remuneração, de modo que se promova ascensão ao em vez da extratificação social, característico de um sistema castal. Ensina STIGLITZ, (2016, p. 258) sobre os efeitos maléficos da desigualdade na economia e a importância da sua redução para o desenvolvimento:

Boa parte da desigualdade observada no mundo todo está associada à caça à renda (por exemplo, o exercício do poder monopolista), e essa desigualdade claramente ataca a eficiência econômica. Contudo talvez a pior dimensão da desigualdade seja a de oportunidade, que é a causa e consequência da desigualdade de resultados e provoca ineficiência econômica e redução do desenvolvimento, já que um grande número de pessoas não tem condições de desenvolver seu potencial. Países com alta desigualdade tendem a investir menos em bens públicos, como in-

fraestrutura, tecnologia e educação fatores que contribuem para o crescimento e a prosperidade econômica no longo prazo.

Outrossim, STIGLITZ, (2016, p. 258) aponta ainda os benefícios da diminuição da desigualdade que traz evidentes benefícios econômicos e sociais. Fortalece o senso de que a sociedade é justa; melhora a coesão e mobilidade social, aumentando a probabilidade de que mais cidadãos desenvolvam seu potencial e amplia o apoio a iniciativas de crescimento. Assim, as políticas que buscam crescimento, mas ignoram a desigualdade podem ser, em última análise, contraproducentes. Ao passo que as políticas que diminuem – por exemplo, estimulando emprego e a educação – provocam efeitos benéficos sobre o capital humano, cada vez mais necessário para as economias modernas.

Cumprir explicar que as desigualdades extremas tendem a dificultar o crescimento econômico e minar a igualdade política e a estabilidade social, com efeitos cumulativos na economia, sociedade e política (STIGLITZ, 2016, p. 257). A profunda desigualdade brasileira, além de histórica reflete até hoje nas oportunidades e prejudica a ascensão social da parcela mais pobre da população. A violência gera pobreza, assim como a pobreza gera violência: ciclo negativo que se retroalimenta.

Desse modo, a redução das desigualdades e a ampliação de oportunidades pode aumentar o custo do aliciamento de jovens pobres, o que influencia na economia do crime. Jovens que escolhem ser criminosos porque vislumbram com isso o acesso a bens e serviços, caso percebam que poderão conquistá-los legalmente podem desistir de delinquir ou mesmo barganhar mais dinheiro, o que aumentaria o custo da atividade criminal.

Pessoas que não tem nada ou pouco a perder são mais acessíveis a serem aliciadas para o cometimento de atividades criminais. Já aquelas que tem mais opções vão naturalmente exigir mais, porque tem mais a perder também. Defende-se que trabalhar com essas variáveis econômicas para aumentar os custos da criminalidade e reduzir as vantagens são ações que devem ser pensadas na formulação de uma política pública criminal.

5. AÇÕES SOCIOECONÔMICAS PARA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Em síntese, a seguir, serão destacadas medidas de redução da criminalidade implementadas nas cidades de Bogotá e Medellín, na Colômbia (VELASQUEZ apud SILVA, 2021, 127-132):

1. Justiça próxima do cidadão (Justiça alternativa, com mediação de conflitos e conciliação, buscando a solução pacífica de conflitos entre particulares e no interior dos lares;

2. Atenção a jovens envolvidos em assuntos de violência e consumo de drogas, buscando reduzir fatores relacionados a violência juvenil, afastar da criminalidade jovens por meio de projetos educativos, laborais e sociais;

3. Recuperação dos espaços públicos e implementação do programa de renovação urbana, intervindo-se nos lugares mais violentos, onde se consumiam e se comercializavam drogas e armas, bem como eram organizadas atividades delitivas. Com apoio da polícia comunitária se buscou a inclusão social de moradores de rua (indigentes) e prostitutas;

4. Fortalecimento da investigação policial, da infraestrutura administrativa, da qualificação policial e maior integração da polícia com a sociedade;

5. Transparência, prestação de contas, avaliação e acompanhamento constante das medidas implementadas e dos resultados;

6. Avaliação externa (sociedade civil). Acadêmicos, empresários, políticos e a própria população passaram a interagir nos esforços para buscar soluções conjuntas para os problemas relacionados à criminalidade.

Desse modo, verifica-se que a redução da criminalidade na Colômbia e crescimento da sensação de segurança nesse país decorreu de um trabalho conjunto e coordenado de diversos atores sociais, que se uniram com o objetivo claro de reduzir crimes naquele país. Ainda, frisa-se que tais medidas de desenvolvimento econômico-social foram promovidas com continuidade por sucessivos governos para que, de fato, surtisses bons resultados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo tratou do papel da economia para a redução da criminalidade e de sua aplicação com objetivo de emprego na segurança pública. Não se combate o crime só com armas. O desenvolvimento da economia, a geração de empregos e a diminuição das desigualdades tem efeito importante na segurança pública.

Ações sociais, educação de qualidade, oportunidades poder aumentar o custo do crime no Brasil e influenciar nos indicadores criminais positivamente como defende esse artigo.

Nesse sentido, a economia e o desenvolvimento de políticas públicas dirigidas, em especial a parcela da população jovem mais influenciável, que reside em comunidades pobres das grandes cidades, e está mais afeta ao aliciamento criminosos torna-se medida imprescindível para reduzir a farta mão de obra disponível para ser empregada em crimes.

Os agentes públicos devem responder tempestivamente, implementando as medidas necessárias à proteção das pessoas, de modo a criar a paz social tão

desejada pela sociedade e essas ações extrapolam as medidas exclusivamente de cunho policial e judicial como se demonstrou neste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONFIM, Manuel. **América Latina: males de origem**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1993.
- BECKER, Gary Stanley. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of political economy, v. 76, n. 1, p. 169-217, 1968.
- BRENNER, Geraldo. **Entendendo o comportamento criminoso: Educação, Ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades**. Porto Alegre: AGE, 2009.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Macroeconomia Desenvolvimentista**. Teoria e política econômica do novo desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- DIRK, Renato; MOURA, Lilian de. **As motivações em caso de letalidade violenta na Região Metropolitana do Rio de Janeiro**. Instituto de Segurança Pública. Cadernos de Segurança Pública. Ano 09. nº 08, julho 2017. Disponível em <<http://www.isprevista.rj.gov.br/download/Rev20170802.pdf>> Acesso em 25 dez 2018.
- GOODMAN, Marc. **Future Crimes: tudo está conectado, todos somos vulneráveis e o que podemos fazer sobre isso**. Trad. Gerson Yamagami. São Paulo, HSM, 2015.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. 2 ed. Trad. Vera Barkonw. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- MISSE, Michel. **As ligações perigosas: mercado informal ilegal, narcotráfico e violência no Rio**. Contemporaneidade e Educação. Salvador, FAEEBA/UNEB, v.2, n.1, p. 93-116, 1997.
- _____; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, Cesar Pinheiro. **Mundos do crime no Rio de Janeiro**. In MISSE, Michel; ADORNO, Sérgio (org). **Mercados ilegais violência e criminalização**. São Paulo: Alameda, 2018.
- NARDES, João Augusto Ribeiro et al. **Governança pública: o desafio do Brasil**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- NAIDIN, Sílvia. **De “bandido” a trabalhador? Reflexão sobre a inserção profissional de ex-trafficantes**. In VELASQUEZ, Hugo Acero; RIBEIRO, Paulo Jorge; FERRAZ, Thaís Chaves (org). **Segurança pública: temas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.
- SILVA, Fernando Pereira da. **A atuação das Forças Armadas na política Pública de segurança no Estado do Rio de Janeiro**. Belo Horizonte: editora Dialética, 2021.
- STIGLITZ, Joseph E. **O grande abismo**. Sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso. Rio de Janeiro, Alta Books, 2016.

SELETIVIDADE PENAL BRASILEIRA: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO DE TIAGO VIANNA GOMES

FRANCIELLI GIRARDI BRESSAN¹

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema central a seletividade penal brasileira, realizando o debate com base em uma matriz criminológica crítica. Essa escolha de base teórica tem relação direta com o objeto de estudo e que, por isso, acaba por afetar diretamente o escopo da pesquisa e igualmente as construções necessárias para a sua interpretação.

Ademais, com o intuito de demonstrar tal especificidade, delimita-se o campo de estudo por meio da análise do caso de Tiago Vianna Gomes, a fim de com isso executar um estudo de caso pontual, capaz de oportunizar uma reflexão sobre uma gama complexa de aspectos acerca da seletividade penal.

Com base em tais pressupostos, o presente trabalho oportuniza o debate em torno da aplicação da teoria do etiquetamento e das teorias do conflito, partindo-se do estudo do caso de Tiago Vianna Gomes, reconhecido diversas vezes e preso injustamente a partir de um reconhecimento fotográfico pelo delito de roubo.

Com essa proposta, estruturou-se na primeira parte do texto os pressupostos criminológicos, para então entender sua aplicação no estudo de caso, seguindo para a análise das decisões em que foi identificado como o autor do delito.

Por fim, buscando evidenciar os reflexos da seletividade penal, o último capítulo evidencia a ocorrência da seletividade penal em outros casos contemporâneos, além de adentrar na questão de como se constitui o processo de criminalização, que possui como alvo a população negra e pobre, propagando um este-

1 Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialização em andamento em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharela em Direito pela Atitus Educação, Passo Fundo, Rio Grande do Sul (2022). Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Controle”, coordenado pelo Professor Doutor Felipe da Veiga Dias (ATTUUS) e ao Grupo de Pesquisa “Criminologia, Cultura Punitivista e Crítica Filosófica”, coordenado pelo Professor Doutor Augusto Jobim do Amaral (PUCRS). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2010594427095806>. E-mail: francielli_b@hotmail.com.

reótipo ao imaginário social de forma a manter a desigualdade social associando o negro a imagem pública do criminoso.

Buscando dar conta desta pesquisa, adota-se como método de abordagem a lógica dedutiva, já que serão estabelecidas as bases conceituais do debate acerca de pressupostos criminológicos críticos em um primeiro plano, para que posteriormente seja viável uma apreciação específica do caso concreto. Auxilia nessa camada inicial a adoção do método de procedimento monográfico, com a finalidade de distanciar-se de apreciações meramente dogmáticas ou analíticas, propondo a verificação específica do conteúdo. Por fim, soma-se a técnica de pesquisa da documentação indireta, uma vez que se utilizou de matérias jornalísticas, pesquisas no Superior Tribunal de Justiça, além de dados secundários a respeito da temática.

2. APORTES CRIMINOLÓGICOS DA SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

De certa forma lógica, toda sociedade procurou estabelecer regras e costumes gerais, criminalizando condutas consideradas inadequadas à época, e que perduram majoritariamente até a atualidade. A partir da prática de tais condutas – consideradas inadequadas – a reação social é responsável por desempenhar mecanismos com intuito de prevenir e reprimir tais delitos².

Conforme definido por Howard Saul Becker³, o infrator dessas normas sociais é aquele que desvia as normas impostas pelo grupo. A partir disso, são estabelecidos mecanismos repressivos, sendo entendido que o crime cometido não é um evento natural, biológico ou espontâneo como os animais e as florestas⁴.

Levando em conta o senso comum, tem-se o pressuposto que o ato desviante ou criminoso é causado através das características da pessoa que tornam inevitável tal conduta⁵ pelo que se rotula o infrator através de estereótipos e características individuais que definem o que seria se parecer com alguém que comete um delito – formando-se a seletividade penal.

Com base na criminologia, a seletividade penal é composta regularmente e em todos os lugares do mundo por homens adultos e jovens, pertencentes aos mais baixos estratos sociais e – em grande medida – não são brancos. Nesse contexto, tem-se que a impunidade e a criminalização é orientada pela seleção

2 CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 14.

3 BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2019, p. 17.

4 BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 1, n. 2, p. 22. Rio de Janeiro, 2009.

5 BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2019, p. 19.

desigual de pessoas, com base em um estereótipo presente no senso comum e nos operadores do controle penal⁶.

Tal ideia de uma rotulação social através da utilização de estereótipos constituídos socialmente é conhecida como *labeling approach*, que possui como tese central a ideia de que o desvio assim como a criminalidade não são qualidades intrínsecas da conduta pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados indivíduos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção⁷.

O atual sistema penal não procura solucionar os conflitos existentes, e se deixa levar pelo clamor da mídia, sendo que seus telespectadores, por diversas vezes, visam “justiça” acima de qualquer norma, traduzidas em suas ideologias. Dessa forma, a seletividade penal criminaliza os baixos estratos sociais e reproduz as desigualdades sociais, o sistema penal produz mais problemas do que aqueles que se propõe a resolver, produzindo mais sofrimento que resultado as partes mais vulneráveis, atingidas diretamente por essa seletividade⁸.

A principal contribuição do *labeling approach* é a forma como a sociedade busca encaixar os infratores em seletos grupos desviantes, passando a interpretar seus atos nos moldes do grupo ao qual foi designado⁹. Os corpos alvos encarcerados, partindo de uma visão macrossociológica, são os que compõe “a classe operária e as classes economicamente mais débeis”¹⁰.

Entender que o crime e a criminalidade não são construções ontológicas, contudo, não é o suficiente para compreender as relações de poder existentes nessas concepções, ou melhor dizendo, “as relações de poder que permitem que certas pessoas, grupos ou classes, determinem em uma determinada sociedade, a capacidade de eleição das condutas lícitas e ilícitas, dos comportamentos normais e anormais”¹¹.

Nesse ponto, surge as contribuições das teorias do conflito, que questionava a relação de poder presentes na rotulação social, desviando seu interesse das análises envoltas do desvio e do desviante, para analisar os sistemas de controle

6 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 41.

7 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41.

8 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 27, n. 52, p. 09. Florianópolis, 2006.

9 COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics: the creation of the mods and rockers**. Psychology Press: London, 2002, p. 04.

10 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 106.

11 CARVALHO, Salo. **Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, n. 104, p. 282. São Paulo, 2013.

social, investigando os meios de produção legislativa criminal¹². Logo, “o ponto de partida para a aplicação do modelo de conflito social é, portanto, não a esfera social e econômica, mas a esfera política”¹³.

Em suma, as teorias do conflito entendem o processo de criminalização “como um processo no qual grupos poderosos conseguem influir sobre a legislação, usando as instituições penais como uma arma para combater e neutralizar comportamentos de grupos contrários”¹⁴. Esses grupos com acesso e influência para propor mudanças legislativas do país, para além de aplicar o poder de um sistema penal repressor e punitivo, promovem a manutenção da rotulação social através da exibição dos corpos tidos como óbvios.

Ademais, a procura pela criminalidade em locais vulneráveis que se tornam alvos fáceis geralmente objetiva expor ao público a imagem do infrator¹⁵, permitindo que estes associem facilmente o estereótipo do agente ao crime com base em imagens.

Nesse contexto, resta fácil a compreensão de que a criminalidade está em todo lugar – em todas as camadas sociais – contudo, há uma distorção nas estatísticas causadas pela cifra oculta¹⁶, o que faz parecer que as camadas mais pobres e marginalizadas sejam as responsáveis pela maior incidência da criminalidade, quando, na verdade, as condutas dos setores mais favorecidos são apenas mais expostas quando comparado à classe dominante¹⁷.

Assim, o direito penal resta encarregado de punir os crimes que são conhecidos enquanto os desconhecidos restam impunes, conseqüentemente não sendo contabilizados nas estatísticas, o que evidencia que a política criminal de punir uns em detrimento de outros recai sobre setores já criminalizados tanto pelos órgãos repressores quanto pela sociedade, uma vez que condutas idênticas possuem valorações diferentes a depender das circunstâncias dos agentes que as cometem.

Em outros termos, um sujeito ao se enquadrar nas características de um estereótipo tido como negativo já é percebido como criminoso sem que nada faça,

12 CARVALHO, Salo. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 104, p. 283. São Paulo, 2013.

13 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 123.

14 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 129.

15 BUDÓ, Marília de Nardin. *Newsmaking criminology*: o papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime nos media. **Comunicação & Cultura**, v. 14, p. 107. Lisboa, 2012.

16 Corresponde a lacuna existente entre a totalidade dos eventos criminalizados ocorridos e as condutas que efetivamente são tratadas como delito pelos aparelhos de persecução penal (GONZAGA, 2018).

17 ROMANO, Pedro Machado de Melo. A criminologia e o extermínio da população negra. **Revista Liberdades**, n. 23, 2016, p. 12.

enquanto, ao mesmo tempo, as agências de repressão penal atuam como grandes influenciadoras da perpetuação desse estigma.

[...] quando um jovem-homem-negro é assassinado, quase sempre sua morte é atribuída ao envolvimento com o tráfico ou consumo de drogas, o que comunica uma regra seguinte, qual seja, esta morte não precisa ser investigada. E, no imaginário coletivo, o mesmo assassinato se resolve com o sentido de que morreu “porque devia” ou que “bandido tem mesmo é que morrer” [...]¹⁸

De igual forma, tem-se que quando um indivíduo negro andar próximo de um lugar com alta incidência de delitos patrimoniais, é de entendimento social de que existem indícios suficientes para sua abordagem, por conta da etiqueta de criminoso que carrega. Portanto, para análise do caso escolhido para esta pesquisa, é fundamental entender que o crime e a criminalidade são construções influenciadas e conservadas por grupos que detém poder político.

3. ESTUDO DO CASO

Em 2017, Tiago Vianna Gomes foi denunciado pela suposta prática do crime de roubo, pela subtração de uma motocicleta, ocorrida em 18 de junho de 2017, em razão do reconhecimento fotográfico realizado pela vítima em sede policial. Tiago foi absolvido em primeira instância, em razão da fragilidade probatória. Contudo, após interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público, Tiago foi condenado em segundo grau.

Conforme a decisão proferida 2ª Câmara Criminal do Tribunal do Rio de Janeiro, a vítima reconheceu Tiago em duas oportunidades, sendo elas em sede policial e em juízo. Ainda, quanto ao ponto trazido pelo Magistrado do primeiro grau, no sentido de que a altura mencionada pela vítima não condizia com a de Tiago, salientou que “[...] o fato da vítima ter afirmado, em sede policial, que o acusado media cerca de 1,65m de altura, não retira a credibilidade da sua palavra pela simples constatação de ele possuir altura de 1,80m, já que a diferença não é assim tão grande [...]”¹⁹.

Por outro lado, em Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 619.327/RJ²⁰, além do destaque quanto aos pontos mencionados pelo Magistrado de primeiro grau, salientou o Ministro que, a Corte de origem reformou a sentença absolutória condenando o agravante exclusivamente com base no reconhecimento efetivado pela vítima, sem desconstituir de forma absoluta as ponderações laçadas

18 REIS, Vilma. **Atuacidos pelo Estado**: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações. Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 69.

19 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0006420-78.2018.8.19.0036**. Rio de Janeiro, 2019.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 619.327/RJ**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Quinta Turma, 2020.

pelo Magistrado na sentença, capazes de extinguir ou, ao menos, reduzir o grau de confiabilidade e certeza da referida prova.

A respeito das ponderações, referiu o magistrado que Tiago, no dia do reconhecimento efetivado em sede judicial não apresentava nenhuma semelhança com a foto objeto de reconhecimento em sede policial; a altura do autor do crime (1,65m), indicada pela vítima, ser diferente da de Tiago (1,80m); a imagem da fotografia e a descrição fornecidas pela vítima guardarem semelhança com outro indivíduo – já conhecido na comarca pela prática de crimes de roubo – com mais de oitenta anotações criminais; e que os indivíduos que atuaram como dublês no reconhecimento efetivado em sede judicial apresentavam outra tonalidade de pele comparada com a de Tiago, circunstância que, conforme o magistrado, pode ter maculado aquela prova.

Ainda, a partir do *habeas corpus* interposto em favor de Tiago, foi possível notar que, ainda, as demais fotos do álbum fotográfico exibidas na fase inquisitorial não foram juntadas ao processo, tendo o Ministério Público se valido somente de uma fotografia. De igual forma, em nenhum momento foi justificado qual a data em que a fotografia foi tirada e o porquê da imagem dele constar no álbum de suspeitos. Ademais, verificou-se que essa não foi a única hipótese em que Tiago foi denunciado por conta de reconhecimento fotográfico realizado a partir de sua imagem, tendo outras oito ações penais em seu desfavor, decorrentes da mesma fotografia.

Nas oito ações penais Tiago foi absolvido em primeiro grau, sendo que as fundamentações dos magistrados se encontravam no mesmo sentido, ou porque o reconhecimento era o único meio de prova que ligava a sua autoria à prática do delito, ou os efetivos autores do crime confessaram e, asseveraram que ele não participou da prática delituosa – conforme evidenciado nos cinco processos a seguir expostos.

No processo nº 005156-26.2018.8.19.0036²¹, embora a vítima tenha o reconhecido em sede policial, não o reconheceu em Juízo, pelo que a sentença declarou a absolvição de Tiago, uma vez que não haviam outros meios de prova ligando-o a prática delituosa.

De igual forma no processo nº 0017208-20.2019.8.19.0036²², em que o magistrado entendeu que a prova apresentada ao longo da instrução era frágil, não servindo de base para o decreto condenatório, uma vez que em sede judicial a vítima não o reconheceu.

21 BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 005156-26.2018.8.19.0036**. Nilópolis, 2018.

22 BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 0017208-20.2019.8.19.0036**. Nilópolis, 2019.

Consoante acórdão relativo à apelação criminal nº 0017115-28.2017.8.19.0036²³, embora houve o reconhecimento em sede policial e em Juízo, entendeu o julgador não haver provas suficientes para comprovar a autoria, *in verbis*:

[...] Ainda, consta dos autos que em outros processos o acusado restou identificado como membro de um bando cujo líder Caio “Piloto”, em sede de confissão, admitiu a sua própria participação nos fatos delitivos, assim como a de seus verdadeiros comparsas, tendo revelado não conhecer Tiago, bem como que este nunca fora integrante de sua quadrilha, fato que conduziu à absolvição do apelado em outro feito na Comarca de Nilópolis [...].

No processo nº 003470-96.2018.8.19.0036²⁴, declarou o magistrado que seu reconhecimento se encontrava eivado de vício, já que havia sido reconhecido fortuitamente no momento em que servia de dublê, tratando-se de prova ilegal e inviabilizando sua utilização para fins de condenação.

Enquanto isso, no processo nº 0019281-62.2019.8.19.0036²⁵, elucidou o julgador:

[...] Note-se que em sede policial o acusado foi reconhecido através de foto, sendo que a vítima informou que na oportunidade também reconheceu COM CERTEZA outras duas pessoas. Entretanto, posteriormente a vítima foi informada que as duas pessoas que reconheceu em sede policial estavam presas na época dos fatos, fato que revela a necessidade de ver com muita cautela o reconhecimento fotográfico feito pela vítima e sua memória acerca dos fatos. Some-se a isso o fato de que é preciso ver com muita cautela todo tipo de reconhecimento fotográfico, uma vez que, na maioria dos casos, como o que ora se julga, não se sabe a origem da foto que está no processo, bem como a data que foi tirada, revelando clara afronta à cadeia de custódia, inserida no processo penal pelo pacote anticrime e que configura verdadeira garantia de defesa. Ora, como se pode dar crédito a um reconhecimento de uma foto onde não há informações sobre a data que foi tirada, a origem do documento e o motivo pelo qual tal foto passou a constar no álbum de pessoas suspeitas da polícia civil. Mais que isso e embora não seja objeto do presente processo, deve ser questionado os critérios que são usados para a criação do álbum de fotografias da polícia civil, sendo altamente discutível se alguém pode ter sua foto veiculada em algum álbum de suspeitos e, caso possível, por quanto tempo tal foto deve ali permanecer. Ademais, comprovando a dificuldade da vítima em efetuar um reconhecimento seguro, deve ser dito que na presente data foram mostradas duas fotos do acusado (fls. 20 e 21), sendo que na foto de fls. 21 a vítima disse que a pessoa ali presente parecia com o acusado, enquanto que não seria o acusado a pessoa na foto de fls. 22. Todavia, como se vê, ambas as fotos eram do acusado. No mesmo sentido, a confusão no reconhecimento seguiu judicialmente, na medida em que, na sala de manejo, a vítima disse que a pessoa número 2 parecia ser o acusado, sendo isso, inclusive, o que esse magistrado fez constar no termo de depoimento da vítima [...].

Diante da situação, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, em conjunto com a Defensoria Pública, contestou a razão de a foto de Tiago ter ido parar em um álbum de suspeitos e lá foi mantida, mesmo com diversas absol-

23 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0017115-28.2017.8.19.0036**. Rio de Janeiro, 2018.

24 BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 003470-96.2018.8.19.0036**. Nilópolis, 2018.

25 BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 0019281-62.2019.8.19.0036**. Nilópolis, 2019.

vições anteriores²⁶, recordando que em um desses históricos Tiago chegou a ser reconhecido até quando havia sido apresentado como “dublê”.

Durante reportagem para o site Folha de São Paulo²⁷, Tiago relatou que entende que pelo fato de ser negro e morador de comunidade acaba vulnerabilizado nessa questão, ainda, salientou que passou a ser taxado como criminoso por quem não o conhece, andando na rua sempre com medo.

4. REFLEXOS DA SELETIVIDADE PENAL

A seletividade penal pode ser compreendida como um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência - ou suspeita da ocorrência - de um delito até a execução da pena²⁸.

Como cediço, o caso de Tiago não é o único que apresenta uma clara situação de seletividade penal. Em 2016, na cidade de Porto Alegre, foi decretada a prisão de Marley da Silva, em razão de fato ocorrido no dia 7 de setembro de 2015, sob a argumentação jurídica que ele parecia com o autor de um crime de homicídio qualificado e um de tentativa de homicídio²⁹.

Durante o andamento processual, houve, em média, a interposição de onze recursos perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça, tendo sido majoritariamente rejeitada a hipótese de concessão de liberdade provisória ao acusado.

Somente em sessão pelo tribunal do júri ocorrida em junho de 2019 o Ministério Público requereu a dissolução do júri em razão da informação que sobreveio ao promotor de que o verdadeiro autor do delito estaria preso em outro cárcere no Estado. Assim, após três anos detido por um crime que não cometeu, Marley foi posto em liberdade provisória com um novo júri remarcado para novembro de 2020.

De igual forma, tem-se o caso de Leonardo Nascimento, que foi acusado e preso por latrocínio em 2019 no Rio de Janeiro. Naquela oportunidade, ele foi reconhecido pessoalmente por quatro diferentes testemunhas, ao ser colocado ao lado de duas pessoas brancas. Mesmo a Delegacia de Polícia admitindo o erro,

26 Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto**, 2020.

27 Folha de São Paulo. **Foto em delegacia faz jovem negro ser acusado 9 vezes e preso duas por roubos que não cometeu**. São Paulo, 2021.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

29 BRASIL. 1ª Vara do Júri do Foto Central de Porto Alegre. **Processo nº 001/2.16.0034903-8**. Porto Alegre, 2016.

apenas após a prisão dos verdadeiros autores do delito e a busca do pai de Leonardo por imagens das câmeras de segurança que recuperou a sua liberdade³⁰.

Como cediço, o grupo majoritário que compõe a população carcerária atualmente no Brasil é de jovens negros. Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023, até 2022, 444.033 pessoas negras encontravam-se encarceradas no país, o que representa mais 68,2% dos presos³¹.

Nesse cenário, o sistema intervém de modo a constituir o processo de criminalização, sendo o primeiro passo através das leis, atribuindo a conduta a ser criminalizada, apresentando sua definição e sua pena (criminalização primária). O segundo passo é com relação as pessoas a serem criminalizadas ou etiquetadas, ganhando assim uma maior atenção dos agentes policiais, do Ministério Público e do Poder Judiciário (criminalização secundária). Por fim, já no sistema penitenciário, o indivíduo é estigmatizado, sendo-lhe imputado um etiquetamento com carga pejorativa (criminalização terciária)³².

Conforme Alessandro Baratta, no que pertine a seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o caráter fragmentário do direito penal perde a justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias para ser objeto de controle penal. Tais justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar o interesse das classes dominantes, e imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente para formas de desvio típicas das classes subalternas³³.

Ainda, quanto a criminalização secundária, Baratta refere que tais mecanismos acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal. No que se refere a seleção de indivíduos, o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação é o que assume como variável independente à posição ocupada pelos indivíduos na escala social³⁴.

É nessa perspectiva que teóricos da reação social enfatizam que entre a seleção abstrata da lei penal e a seleção definitiva da criminalidade operada pelos

30 Folha de São Paulo. **Pai prova inocência de filho preso por engano por assassinato no Rio**. São Paulo, 2019.

31 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2023.

32 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 89.

33 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

34 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

agentes do controle social formal, “há um complexo e dinâmico processo de refração”, que vai selecionar quais crimes e quem será criminalizado³⁵.

Em vista disso, sabe-se que as pessoas que estão em lugares periféricos possuem maiores possibilidades de repressão, partindo da premissa do policiamento constante das autoridades, uma vez que, são associadas a questões relativas ao cometimento de delitos.

Assim, não é o comportamento em si que desencadeia uma razão segundo a qual se opera a distinção entre o “normal” e o “desviante”, mas somente a interpretação enquanto criminalização secundária, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado³⁶.

Dessa forma, tem-se que a questão racial atrela-se à teoria do etiquetamento uma vez que a política criminal do Brasil tem como principal alvo as pessoas negras, através de um projeto de extermínio³⁷.

Esse projeto de extermínio liga-se com o passado colonial brasileiro, que utiliza o racismo como elemento a moldar o sistema penal, uma vez que diferente de um mecanismo de proteção, pacificação e defesa, acaba por, intencionalmente, punir o pobre e o negro³⁸. Nesse sentido, não restam dúvidas de que a questão racial está atrelada à teoria criminológica do etiquetamento, uma vez que certas características de alguns sujeitos são percebidas pelo Estado e pela sociedade como desviante – mesmo que não praticadas, por conta de uma rotulação preexistente.

No ponto, nota-se que o controle social formal é discriminatório e seletivo, sendo tal seletividade externada pelas agências de repressão, especialmente pela polícia e pelo Ministério Público, que propagam um estereótipo ao imaginário social de forma a perdurar o preconceito e a desigualdade social ao criar ao negro a imagem pública de delinquente³⁹.

Portanto, conclui-se que a seletividade penal no Brasil atinge um nível extremamente complexo, evidenciado no fracasso das políticas públicas e – inclusive – na ausência delas para a população negra, o que reflete em um padrão colonial, ora modernizado, em que o racismo cria desigualdades básicas e o Estado endossa tais desigualdades, através de omissões e ações veladas, reproduzindo

35 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 262.

36 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 94-95.

37 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

38 ROMANO, Pedro Machado de Melo. A criminologia e o extermínio da população negra. **Revista Liberdades**, n. 23, 2016.

39 VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Criminalização, teoria do etiquetamento e racismo institucional na polícia: autorrealização de uma amarga profecia. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 7, n. 4, p. 64. São Paulo, 2020.

uma imagem criada, do negro como um ser desestruturado, violento e, consequentemente, criminoso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de compreender os estudos envoltos nas teorias do conflito e da rotulação social, partindo do estudo de caso de Tiago Vianna Gomes, reconhecido oito vezes e condenado em um processo em que além de a prova ser apenas o reconhecimento, características referidas pela vítima não coincidiam consigo.

A partir disso concluiu-se, quanto ao processo em que foi condenado, que a argumentação fornecida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi demasiada escassa, desconsiderando pontos trazidos pelo magistrado de primeiro grau, especialmente quanto a divergências quanto as características apontadas pela vítima, o fato de a imagem da foto e a descrição fornecida pela vítima guardarem semelhança com outro indivíduo – já conhecido na comarca pela prática de crimes de roubo – com mais de oitenta anotações judiciais, e o ponto dos indivíduos que atuaram como duplês no reconhecimento em sede judicial terem outra tonalidade de pele comparados a de Tiago.

De igual forma, o reconhecimento de Tiago em outros vários casos evidenciam que ao invés de serem empregadas diligências necessárias à correta investigação do crime, como a procura de câmeras de vigilância no local ou busca por testemunhas, a apresentação do álbum de suspeitos passa a ser a rotina policial na apuração da autoria delitiva.

Nesse sentido, tem-se que a opção deliberada de se supor que o autor do crime está em um catálogo de crimes previamente organizadas como passíveis de confiança conduz à perda de importantes fontes de prova. Isso porque, como em uma reação em cadeia, compromete-se toda a estrutura lógica que conduz à formação do juízo fático, uma vez que decisões cujos raciocínios probatórios sejam realizados a partir de tão questionáveis premissas apresentam grande potencial de engrossar as estatísticas de erros judiciais.

O caso de Tiago não é o primeiro e nem será o último caso do ordenamento jurídico brasileiro a evidenciar a seletividade do sistema, porém, a utilização de critérios raciais enquanto elementos probatórios de culpa demonstram de forma objetiva quais são os fatores pelos quais o sistema penal busca executar sua rotulação dos desviantes e sua seleção para aplicação de medidas repressivas.

Dessa forma, percebe-se, de igual forma, que a seletividade do sistema penal é reflexo do racismo que se estruturou ao longo dos anos na sociedade brasileira. O encarceramento elevado da população negra, nesse sentido, evidencia que a rotulação do negro como criminoso em potencial é fruto de um sistema

opressor, que se iniciou com a colonização e se desenvolveu ao decorrer dos anos e continua a prender e oprimir os negros e pobres, não pelo tipo penal que pratica, mas por ser quem é.

Conclui-se, nessa lógica, que o sistema penal não opera de maneira igualitária, pelo contrário, é seletivo e discriminatório, punindo e criminalizando – inúmeras vezes – o negro por questões raciais e não por suas práticas. Essa conclusão trata-se de uma constatação fática, corroborada por inúmeros casos e estatísticas, evidenciando que, o Estado, que deveria ser o responsável pela proteção da sociedade, não o faz, pelo contrário, contribui para que o aparelho institucional mantenha a atual estrutura social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 27, nº 52. Florianópolis, 2006.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. **Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v.1, nº 2, p. 20-39. Rio de Janeiro, 2009.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 619.327/RJ**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Quinta Turma, 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117576810&num_registro=202002715288&data=20201218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 26 jun. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0017115-28.2017.8.19.0036**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B660744E24C378348F279B4718832854C50A5F322103&USER=>>>. Acesso em: 26 jun. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0006420-78.2018.8.19.0036**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048C1BB6B19913F377B9FDCD53BC394746C50B533C4F5F&USER=>>>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 005156-26.2018.8.19.0036**. Nilópolis, 2018.
- BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 0017208-20.2019.8.19.0036**. Nilópolis, 2019.
- BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 003470-96.2018.8.19.0036**. Nilópolis, 2018.
- BRASIL. 1ª Vara Criminal de Nilópolis. **Processo nº 0019281-62.2019.8.19.0036**. Nilópolis, 2019.
- BRASIL. 1ª Vara do Júri do Foto Central de Porto Alegre. **Processo nº 001/2.16.0034903-8**. Porto Alegre, 2016.
- BUDÓ, Marília de Nardin. *Newsmaking criminology: o papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime nos media*. In: **Comunicação & Cultura**, v. 14, p. 107-124, 2012.
- CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. 2013.

COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics: the creation of the mods and rockers**. Psychology Press: London, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Foto em delegacia faz jovem negro ser acusado 9 vezes e preso duas por roubos que não cometeu**. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://12ft.io/proxy?&q=https%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fcotidiano%2F2021%2F01%2Ffoto-em-delegacia-faz-jovem-negro-ser-acusado-9-vezes-e-preso-duas-por-roubos-que-nao-cometeu.shtml>>. Acesso em: 2, jul, 2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Pai prova inocência de filho preso por engano por assassinato no Rio**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/pai-prova-inocencia-de-filho-preso-por-engano-por-assassinato-no-rio.shtml>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSF, 2023.

GONZAGA, Christiano. Manual de criminologia. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto**, 2020. Disponível em: <<https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

REIS, Vilma. **Atuacidos pelo Estado**: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações. Universidade Federal da Bahia, 2010.

ROMANO, Pedro Machado de Melo. A criminologia e o extermínio da população negra. **Revista Liberdades**, n. 23, 2016.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Criminalização, teoria do etiquetamento e racismo institucional na polícia: autorrealização de uma amarga profecia. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 7, n. 4, p. 59-83. São Paulo, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

E-CARCERATION IN BRAZIL E TECNOLOGIAS DE CONTROLE SOCIAL

GABRIELA GOMES CASARIN¹

1. O QUE É *E-CARCERATION*?

Cunhado por Malkia Devich-Cyril², o fenômeno chamado *e-carceration* foi, primeiramente, compreendido como uma espécie de encarceramento em massa misturado com tecnologias de vigilância e punição. Contudo, James Kilgore, ao considerar o urgente desenvolvimento tecnológico das formas de monitoramento eletrônico e vigilância, entende possível pensar esta definição de forma mais abrangente, equivalente à *aplicação de uma rede de tecnologias punitivas como nova forma de privação de liberdade*. Privação de liberdade não destinada, necessariamente, apenas àqueles que povoam *fisicamente* o sistema criminal e carcerário.

Diretamente impactado pelos efeitos do monitoramento eletrônico no cumprimento de sua pena, James Kilgore publicou a obra *Understanding E-Carceration*³, onde narra sua experiência pessoal enquanto submetido ao uso de uma tornozeleira eletrônica. Desde 1975, durante vinte e sete anos foi considerado um fugitivo da justiça norte-americana. Relata que

Durante as primeiras duas décadas, a vigilância consistia em pôsteres de “procurado” com minha foto pendurados nas paredes dos correios, visitas periódicas do FBI a familiares e amigos, e aquela ocasional história de “onde está ele agora?” nos jornais. Para um homem branco sem deficiências, fugir da lei naqueles dias não era como é agora.⁴ (tradução livre)

*Com o passar do tempo, na virada do século, as coisas começaram a mudar.*⁵ Ele foi capturado em 2002, na Cidade do Cabo, África do Sul, sem ter certeza de como foi localizado.

Após seis anos e meio de reclusão cumpridos em prisões federais e estaduais na Califórnia, foi posto em liberdade condicional em Illinois, com a condição de

1 Bolsista de Mestrado CAPES no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCCRIM/PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Especialista em Direito Digital e Compliance (Damásio/IBMEC-SP). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6000317872921626>. OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-7606-0814>. E-mail: gabriela casarin@gmail.com.

2 Para maiores detalhes, DEVICH-CYRIL, Malkia. **Will You Harbor Me? To Fight Police Violence, Demand Digital Sanctuary**. 09 jun. 2017. Palestra proferida no evento *Democracy Forum*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=BqnLX_6M-OM. Acesso em: 25 jul. 2023.

3 KILGORE, James. **Understanding E-Carceration**: electronic monitoring, the surveillance state, and the future of mass incarceration. Published in the United States by The New Press, New York, 2022.

4 KILGORE, James. **Understanding E-Carceration**. p. 3.

5 *Idem*.

uso de uma tornozeleira eletrônica, pelo período de um ano. As complexidades inerentes à presença e à vigilância ininterrupta do Estado em sua própria casa o motivaram a pesquisar sobre o funcionamento daquele dispositivo, porém, à época, deparou-se com pouca ou nenhuma pesquisa acerca do impacto causado por esta forma de encarceramento.

Ele relata que compartilhou seus receios com muitas pessoas: as que teriam passado pelo processo entendiam suas preocupações. As que não, lhe disseram coisas como “pelo menos é melhor que a prisão”. O amigo Johnny Page, que passou mais de duas décadas em prisões estaduais em Illinois, reclamou de quem lhe dizia que deveria ser grato por estar fora da prisão: “(...) eu não estou fora”, era sua resposta, “é apenas uma outra forma de encarceramento”.⁶ (tradução livre).

Estas situações fizeram-no perceber que

O monitoramento é uma piada que contam para a gente. Como um Grubhub carcerário, o monitoramento eletrônico trouxe a prisão até mim em vez de me levar até ela.⁷ (tradução livre)

Portanto, este artigo foca-se neste fenômeno, espécie de nova *forma de privação de liberdade através de meios tecnológicos*.⁸

É importante salientar que o fenômeno *e-carceration* tolhe a liberdade de pessoas sem a imponência de barreiras físicas, como em instituições totais (prisão, hospital, escola etc.), mas de forma a manter uma *prisão sem limites*. Dentro desta perspectiva, quatro aspectos são predominantes.

O primeiro deles é a privação de acesso a determinados serviços da vida civil. Através do uso de dados e informações pessoais como espécie de *arma digital*, as pessoas-alvo são ranqueadas e perfiladas de acordo com análises automáticas, realizadas por órgãos estatais ou empresas provedoras de serviços, como um *score financeiro*: quem tem o melhor histórico financeiro pode ter acesso a serviços específicos, como concessão de crédito para cartões ou mesmo financiamentos imobiliários. Quem não tem bom histórico, dificilmente consegue beneficiar-se.

A segunda característica é, justamente, a ausência de limite de tempo pré-definido em sentença ou fase pré-processual. Tendo em vista que este tipo de punição considera um amontoado de dados e informações coletadas em diversos espaços de tempo e diversos dispositivos, estes resultados obtidos não são classificados de acordo com tempo ou fases da vida do indivíduo. Um bom exemplo desta face são as instituições médicas/psiquiátricas que privam o sujeito de suas faculdades em razão do uso de tratamentos medicamentosos impostos por força de ordens judiciais.

6 KILGORE, James. *Understanding E-Carceration*. p. 10.

7 KILGORE, James. *Understanding E-Carceration*. p. 10.

8 KILGORE, James. *Understanding E-Carceration*. p. 11.

Em situações como a pandemia de COVID-19, por exemplo, foi possível coletar informações de um sem-número de pessoas ao mesmo tempo, sob o signo de segurança e saúde pública. Contudo, essas tecnologias de observação e vigilância puderam ser utilizadas sem o conhecimento ou consentimento dos observados. Sujeitos de *e-carceration* não foram avisados ou perguntados sobre a utilização das tecnologias, ao contrário do que ocorre quando se está sob monitoramento eletrônico através do uso de tornozeleiras ou ordem judicial para tanto. Frisa-se também que, ainda que despersonalizadas, estas tecnologias, como drones ou reconhecimento facial, tem a capacidade de identificar indivíduos em uma multidão. Quando utilizada em combinação com bancos de dados para identificação de “suspeitos”, os resultados obtidos podem vir a ser desastrosos para a vida do identificado.

Ainda, destaca-se a possibilidade de que o próprio indivíduo, de forma não intencional – por desconhecimento ou despreocupação – pode colaborar com a alimentação desses tipos de bancos de dados e com sua própria privação. O simples fato de uma compra *online*, onde é necessário o preenchimento de dados pessoais, pode estar intensificando ou aumentando o volume de dados coletados por sistemas (estatais ou não) de controle social. A captura e o uso indiscriminado dessas informações pessoais por empresas e grandes companhias passa a incrementar o que Shoshana Zuboff chama de *capitalismo de vigilância*.

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro.⁹

2. *E-CARCERATION* E ENCARCERAMENTO EM MASSA

No Brasil, os estabelecimentos prisionais estão em crise, é sabido: não há vagas suficientes para seus inquilinos, são corriqueiros os relatos de maus-tratos, tortura, violação de direitos humanos da população carcerária e o estado de coisas é, declaradamente, inconstitucional¹⁰. O déficit de vagas e o recrudescimento

9 ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: A Luta por um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder. Tradução de George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2020. não paginado.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 09/09/2015, processo eletrônico DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUB-LIC 19-02-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 jul. 2023.

do sistema penal, aliados à governamentalidade punitivista do estado brasileiro, tornaram o encarceramento em massa uma amarga realidade contemporânea.

O encarceramento em massa é realidade mundial. As políticas securitárias, adotadas em perspectiva planetária, contribuíram em muito para que as sociedades insistissem em negar o que não lhes convém. Seguindo a mesma lógica medieval, escrutinada por Michel Foucault¹¹, ressocialização, reabilitação e retribuição são os elementos que *ainda* legitimam a prisão.

Conforme Vera Regina Pereira de Andrade¹², a forma de punição à qual uma sociedade recorre reflete seu modo e suas relações de produção, na medida em que

(...) a pena em abstrato não existe, existem métodos punitivos concretos, e cada método punitivo concreto corresponde a uma dada estrutura social, ou seja, existe uma relação funcional entre pena e estrutura social e cada estrutura social descobre e reproduz, coloca em prática, o(s) método(s) punitivo(s) adequado(s) às suas forças produtivas e às suas relações de produção. A prisão é a pena por excelência do capitalismo, assim como, por exemplo, o açoite foi a pena do escravismo. Todo método punitivo tem por função reproduzir a estrutura social que lhe corresponde e, portanto, a função da prisão é conservar e reproduzir a ordem social capitalista ao lado de outros mecanismos de controle que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a escola. Isso significa afirmar que a prisão, como todos os outros métodos punitivos, é um método histórico e contingente, e, portanto, não é um método ontológico; ela vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista porque ela é o espelho das estruturas e da ordem, e as reproduz, tanto que a melhor forma de conhecer essa ordem é conhecer a própria prisão.¹³

Se para conhecermos a ordem de uma sociedade é necessário conhecer sua prisão, Juliana Borges analisa a lógica por trás do encarceramento em massa. Argumenta que é o pilar de manutenção de uma sociedade racializada por excelência, pois, "(...) as prisões são depósitos do que a sociedade marginaliza e nega."¹⁴

O encarceramento em massa tem mudado a dinâmica de comunidades, de milhares de famílias, sem contar a ligação que existe entre esse aumento e a força, cada vez maior, das facções que, inclusive, surgem dentro dos presídios. Se em um primeiro momento como forma de garantir as mínimas condições de sobrevivência nos presídios, o que ainda é uma realidade, isso tem impacto direto no poderio crescente que tem dentro e fora desses equipamentos. Ao passo que dados demonstram as vulnerabilidades sociais das pessoas encarceradas, fica evidente que foram essas exposições e essas ausências que levaram essas pessoas a uma criminalização e uma punição, e não o contrário. Portanto, é de nossa responsabilidade pensar em alternativas, vislumbrar futuros harmônicos e de igualdade radical.¹⁵

Sob o pretexto de driblar o déficit de vagas no sistema prisional, argumento comum para utilização de monitoração eletrônica como medida alternativa

11 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

12 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Florianópolis: Editora Revan: 2012.

13 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**. p. 306.

14 BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019. p. 115.

15 BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. p. 117.

reside em defendê-lo como resolução “(...) de menor custo, apta a viabilizar a política de desencarceramento e incentivo à ressocialização dos condenados”¹⁶. Contudo, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, são trazidas algumas informações sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas por pessoas privadas de liberdade. Ao contrário da opinião comum, a publicação reconhece que, apesar da ampliação do uso deste tipo de *medida alternativa*, os números de encarceramento no país não diminuíram nem houve efetiva prova de implemento na diminuição do cometimento de crimes.

Além das mudanças na proporção dos tipos de regime de cumprimento de pena, essa edição do Anuário também traz dado inédito sobre o número de presos com uso de monitoramento eletrônico. Conforme se observa, a quantidade de monitorados eletronicamente passou de 6,9% da população carcerária para 9%, sendo hoje 73.105 pessoas nessa condição em relação a 51.897 em 2020. Tal mudança pode estar relacionada com a pandemia e com a maior sensibilização dos tribunais decorrente da Recomendação No 62 do CNJ, conforme já indicado. A política do monitoramento eletrônico tem sido uma das prioridades do Sistema Judiciário, dada o seu baixo custo e a possibilidade de garantir a efetividade do cumprimento dos regimes aberto e semiaberto, que sofriam de um histórico antigo de falta de vagas no Brasil. (...) Deve se atentar, contudo, para o uso que vem sendo feito da tornozeleira eletrônica não apenas como forma de substituição das penas mais restritivas de liberdade, mas como instrumento de expansão do sistema penitenciário. Medidas de expansão do sistema como o aumento no número de vagas visando a diminuição da proporção entre preso/vaga, demonstram que, de forma geral, o que está sendo feito pelo estado brasileiro são formas de perpetuar e expandir o sistema penitenciário, e não de pensar em alternativas para os delitos cometidos. Vale enfatizar, como apontado acima, o aumento de 7,3% na taxa de encarceramento entre 2020 e 2021, o que significa dizer que, mesmo com a diminuição de pessoas presas no regime fechado, o Brasil encarcerou mais no último ano – colaborando, inclusive, para a intensificação do estado de coisas inconstitucional.¹⁷

Na esteira do apresentado no Anuário, o uso do monitoramento eletrônico como “instrumento de expansão do sistema penitenciário” tem sido utilizado e não é possível ignorá-lo.

Algumas pretensiosas possibilidades de salvação deste sistema foram concebidas como “medidas alternativas à prisão”. Estas medidas pretendem a punição de crimes através da imposição de penas que não retirem o condenado do convívio social, e a espécie considerada mais popular de medida alternativa à prisão é a *monitoração eletrônica*, possível através do uso de uma tornozeleira eletrônica – equipamento dotado de tecnologias de monitoramento e localização.

Uma vez que vislumbramos a utilização de máquinas e suas tecnologias como agentes-chave – ou *grandes aliados* – na (pretensa) solução da questão do

16 MIRANDA DE FREITAS, C. R., & PELEGRINO, F. W. (2017). Anotações sobre o Monitoramento Eletrônico de Presos no Brasil. *Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia*, 44(1). Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v44n1a2016-35888>. Acesso em: 25 jul. 2023.

17 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. (Brasil). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/20-anuario-2022-as-820-mil-vidas-sob-a-tutela-do-estado.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

encarceramento em massa, ratificamos, *novamente*, o que Gilles Deleuze alertara sobre as sociedades de controle, de modo que, segundo ele:

(...) as sociedades de controle operam por máquinas de uma terceira espécie, máquinas de informática e computadores, cujo perigo passivo é a interferência, e, o ativo, a pirataria, e a introdução de vírus. Não é uma evolução tecnológica sem ser, mais profundamente, uma mutação do capitalismo.¹⁸

A crescente expansão, desenvolvimento e aprimoramento das tecnologias de rastreamento possibilitou novas criações de aparelhos e dispositivos cujas principais funções (declaradas) residem na *redução da criminalidade* e na *manutenção da segurança*, como drones, câmeras de circuito fechado de TV, *softwares* de reconhecimento facial etc. Tais formas de monitoramento e vigilância foram percebidas pelo poderio estatal, que as acompanhou e as utiliza ao seu favor, sob a escusa de contribuição à tentativa de redução do infatigável encarceramento em massa no país.

Como forma de sanitizar os corredores do sistema prisional e a inerente vigilância *necessária*, utilizamos a tecnologia como alvejante: a percebemos como entidade neutra e onipotente, capaz de aplicar a justiça que o ser humano não alcança, e resolver, magicamente, as crises das quais não conseguimos, até agora, fugir.

De acordo com Juliana Borges,

É evidente, em diversos documentos e estudos, como a sociedade brasileira imperial reestruturou, recombina e funda instituições, preparando um aparelho estatal que perpetuará desigualdades tendo como cerne, e um dos pilares, a racialização. A modernização do Estado brasileiro era mais um discurso do que uma realidade e se estabelecia, desde o princípio, tendo a exclusão de pessoas consideradas menos do que cidadãos de segunda classe e meros objetos e propriedades. Com isso, não é absurdo afirmar que sequer um status liberal o Brasil conseguiu estabelecer na formação de seu Estado. Ao falarmos de uma perene mentalidade escravocrata em nossa sociedade, estamos falando desses elementos, desses “mitos fundantes” que se remodelam e reconfiguram para manter a estrutura da casa-grande e senzala operando. As “crises” dos sistemas prisional e criminal sequer poderiam ser denominadas como tal, porque se tratam, na verdade, de uma engrenagem funcionando a todo vapor pela manutenção de hierarquias sociais constituídas e indissociadas do elemento racial.¹⁹

Nesta esteira, conforme aponta reportagem publicada pelo portal The Intercept Brasil²⁰, “90% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros”. Não se deve esquecer que os *softwares* de *machine learning* são criados e programados por seres humanos – imbuídos de vieses tendenciosos e preconceituosos,

18 DELEUZE, Gilles. *Conversações (1972-1990)*. Tradução de Peter Pál Pelbart. 3. ed. São Paulo, SP: Editora 34, 2013. p. 223.

19 BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. p. 71.)

20 NUNES, Pablo. Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros: Rede de Observatórios de Segurança monitorou a tecnologia de reconhecimento facial em cinco estados. Resultado: além de ineficiente, sistema agrava o encarceramento de negros. *The Intercept Brasil*. Publicado em 21 nov. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

inerentes a alguém que está no mundo. Não é possível dissociar o viés social e humano das *máquinas* e suas programações: o apagamento do humano por trás destas *criações* e *progressos* é um desfavor à conscientização social sobre *o que são e como criar resistências* a estes novos dispositivos.

Sustentamos aqui que um fator chave para o alargamento da percepção de salvação proposta pelo monitoramento eletrônico é, justamente, a luta contra o encarceramento em massa da maneira como ela se dá. Tendo em vista a situação atual de *crise* dos sistemas penal e carcerário pátrios, é premente o desejo coletivo de solução desta mazela social. Em razão disso, soluções rápidas são clamadas e encorajadas o tempo todo. Daí a *ajuda* da tecnologia.

Criadores de políticas públicas e tomadores de decisões em face do enfrentamento ao encarceramento em massa entenderam que este é um fenômeno incômodo e que precisa ser contornado. Diante disso, são vislumbradas as *medidas alternativas* – “alternativas”; é claro, ainda dentro das entranhas do estado de coisas e possibilidades do sistema prisional *existente*. O uso de tornozeleiras eletrônicas, portanto, previsto em legislação brasileira, parece agradar a todos: alivia o contingente populacional das instalações prisionais físicas, permite ao Estado que responda rapidamente às demandas de sua sociedade e ainda possibilita às empresas do ramo de tecnologia que contraíam contratos públicos de fornecimento e suporte a estes dispositivos. E, sobretudo, é melhor que estar na prisão.

Contraintuitivamente, o monitoramento eletrônico deve ser percebido como uma ferramenta capaz de aprofundar as mazelas sociais inerentes ao encarceramento em massa, reproduzindo *extramuros* as condições tortuosas impostas a certos recortes populacionais. Não como um reflexo, mas um *aprimoramento do estado da arte*, com novos implementos tecnológicos.

A forma mais utilizada e conhecida *para aliviar os contingentes* é a aplicação de punições de prisão domiciliar combinada com o uso de tornozeleiras eletrônicas. Estes aparelhos, capazes de monitorar a localização de seus usuários, são dotados de tecnologias GPS e conexão à Internet, e coletam dados e informações, *em tempo real*.

No Brasil, estas tecnologias e dispositivos foram incorporadas à rotina de vigilância policial, adicionando aparato tecnológico à atual e problemática sociedade de controle. Não só as tornozeleiras servem ao monitoramento, mas tecnologias como drones, câmeras de vigilância pública, circuitos fechados de TV etc., e especialmente o uso de câmeras de reconhecimento facial. *Naturalmente*, o intento segue perseguindo a *diminuição* ou o *combate à criminalidade*, sob alegações de que, com a expansão de seu uso, as forças de segurança estatais teriam maiores possibilidades de identificação e a conseqüente prisão de indivíduos de comportamento suspeito e de autores de condutas criminosas.

A concepção de que a tecnologia poderia aumentar a eficiência da *segurança pública*, bem como a percepção do aprendizado de máquinas (*machine learning*) e de seus desdobramentos *smart* como invenções neutras, livres de ideologia, faz parte do imaginário social. Afinal, soluções, *a priori* entendidas como meramente *técnicas* e, portanto, *neutras*, ao serem vendidas, normalizadas e legitimadas como espécie de “solução para problemas sociais”, são incluídas e tem seus usos validados no cotidiano social – inclusive no policial. Neste recorte, é elemento fundamental quando seus usos são destinados a alimentar bancos de dados estatais, coletando informações e dados biométricos da população – sem limites ou fronteiras. Entretanto, apesar de parecer uma *solução mágica destinada a estabelecer a paz social*, sua utilização é perpassada por uma série de controvérsias e desconfiâncias.

Muito aquém do que a exploração do tema demanda, cabe por certo não arredar pé, para se encontrar uma posição firme, da premissa básica extenuantemente vista até agora: os substitutos penais não respondem à atenuação da prisionalização e não servem de válvula de escape para o número de vagas no sistema ou outro efeito análogo.²¹

Considerando estas ponderações, imperioso é voltar olhares a esta tendência crescente de aplicação da tecnologia e de seus desdobramentos como pretensas soluções a problemas sociais: é necessário entender qual é sua real contribuição ao Estado – principalmente às suas capacidades punitivas. Enfrentar as novas realidades de controle social tecnológico, sem pretender qualquer de seus frutos como *arauto de salvação*.

Aqui, o monitoramento eletrônico em suas variadas possibilidades e existências não é entendido como uma forma milagrosa e efetiva de *desencarceramento*, mas, sim, como uma nova espécie de punição. É percebido como maneira de expansão do alcance da capilaridade punitiva estatal, uma vez que transcende os limites *intramuros* das instituições totais.

O aprimoramento dessas tecnologias de monitoramento e vigilância cria subjetivações e novos ecossistemas à sua volta. Há que se considerar, ainda, a mentalidade das pessoas por trás de todos esses “progressos desenvolvimentistas”. Tais novas formas de controle social não são orgânicas, *naturais*: foram concebidas por alguém e seu uso foi subvertido à vigilância *também por alguém*.

É a utilização de dados e informações como matéria-prima voltada a mercados, grandes corporações e aumento do controle social sobre indivíduos. É neste desdobramento de uso destes dispositivos capazes de coletar dados e infor-

21 AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 12, nº 98, pp. 385-411, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/164/157>. Acesso em: 25 jul. 2023.

mações biométricas de quem os está utilizando, que reside o já referido *capitalismo de vigilância*.

3. SOBRE SOCIEDADE DE CONTROLE E E-CARCERATION: UMA NUVEM DE MISTÉRIOS

Encontramo-nos numa crise generalizada de todos os meios de confinamento, prisão, hospital, fábrica, escola, família. (...) Os ministros competentes não param de anunciar reformas supostamente necessárias. Reformar a escola, reformar a indústria, o hospital, o exército, a prisão; mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo. Trata-se apenas de gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam. São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares. “Controle” é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Paul Virilio também analisa sem parar as formas ultra-rápidas de controle ao ar livre, que substituem as antigas disciplinas que operavam na duração de um sistema fechado.²²

O argumento central da utilização de tecnologias de monitoramento e rastreamento pelo sistema prisional reside na pretensa redução dos efeitos do cárcere, do déficit de vagas e na redução de custos de manutenção das instituições prisionais.²³ Entretanto, há que se considerar que a expansão do uso deste tipo de máquinas e aplicações assevera a permeabilidade do cotidiano por construções algorítmicas não tão claras ou conhecidas da população diretamente impactada.

Gilles Deleuze²⁴ argumenta que nas sociedades de controle “(...) os indivíduos tornaram-se *“dividuais”*, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou “bancos”. Temos, no *e-carceration*, uma amostra fiel àquilo que Deleuze referiu-se anteriormente: ao transformar massas populacionais em dados biométricos, informacionais, algorítmicos, coletados, armazenados e perfilados por grandes corporações, a experiência humana daquele ser fica pelo caminho. Inegavelmente, é mais eficiente ater-se às informações binárias sobre uma existência, *zeros e uns*, simplificando-a, do que à toda uma subjetividade social e socializante do sujeito que está ali representado.

Nos tornamos pontos de dados renderizados em uma tela, em uma fórmula algorítmica, vivendo não na rua ou em uma casa, mas em bancos de dados ou em realidades processadas por computadores. Nós adquirimos uma vida digital própria.²⁵ (tradução livre)

22 DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972-1990)**. p. 220.

23 “O levantamento sobre as legislações internacionais e a lógica comparativa com o Brasil, apenas ressaltou a atual – e já desatualizada – conjuntura de aplicabilidade do instrumento na execução penal brasileira, essencialmente em relação ao quadro em que ele está inserido na prática criminal, isto é, como um “benefício”, uma simples medida alternativa ligada à execução da pena, o que impede sua exploração como verdadeira pena autônoma, para uma possível redução dos efeitos do cárcere e do déficit de vagas.”. VIEIRA, Thainá Rodrigues. **O Monitoramento Eletrônico De Presos Como Alternativa Aos Regimes Aberto E Semiaberto**: Uma Possibilidade Frente Ao Déficit De Vagas Do Sistema. Orientador: Marcelo Almeida Ruivo. 2021. 177f. Escola De Direito Programa De Pós-Graduação Em Ciências Criminais Mestrado Em Ciências Criminais PUCRS, Porto Alegre, 2021. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/10088/8/DIS_THAINA_RODRIGUES_VIEIRA_COMPLETO.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

24 DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972-1990)**. p. 222.

25 KILGORE, James. **Understanding E-Carceration**. p. 22.

Em razão da maneira pela qual (*ainda*) legitimamos o sistema penal e carcerário atuais, viver sob a tutela permanente do Estado, em uma sociedade de controle tecnológico é a melhor opção? Há opção viável de resistência ao dito “progresso tecnológico”?

Importante é trazer ao debate a forma através da qual as fronteiras foram, são e seguem sendo borradas: a mera *vigilância* não seria mais suficiente para definir ou compreender o uso e o alcance que as novas tecnologias têm na vida cotidiana. O uso destas tecnologias faz parte de essência da vida contemporânea, sendo praticamente *impossível* seu descolamento das realidades individuais ou socializadas. Neste sentido, Elias Jacob de Menezes Neto contribui para o debate, afirmando que a tecnologia é aspecto indissociável da vida contemporânea.

A tecnologia, antes de causa, é instrumento para coletar, armazenar, processar, classificar e transmitir informações. Ao invés de ser um aspecto externo – como nos remete a ideia de “vigilância” – a tecnologia é parte da textura que compõe a vida nas sociedades contemporâneas.²⁶

O monitoramento eletrônico de pessoas é uma forma de aumento da extensão da rede do poder punitivo aniquilante do Estado e, portanto, não deve ser considerado como alternativa viável ou medida *milagrosa e revolucionária* para o desafogamento do sistema prisional. Um dos riscos inerentes à prática de monitoramento eletrônico é o de que as pessoas sob este tipo de tutela sofram com mais uma camada de punição: seus sofrimentos, desdobramentos de uso e restrições de movimentação geográfica podem recair sobre as existências de seus entes queridos, de forma que estes cumpram espécie de pena por ações e condutas que não lhes caberia. É cediço que a pena cominada é pessoal e intransferível, conforme afirma o §3º, art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos: “(..) A pena não pode passar da pessoa do delincente.”²⁷ – afirmação recepcionada pela Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, XLV²⁸.

Ainda neste sentido,

Nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros²⁹

26 MENEZES NETO, Elias Jacob de. Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos Tribunais**, v. 939, p. 159-182, jan. 2014. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 25 jul. 2023.

27 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

28 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...).

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 156.

Seguindo esta linha de possíveis violações de direitos humanos através do emprego de tecnologias contemporâneas, é necessário voltar os olhares para as diferentes formas de violações. Há a possibilidade, conforme MENEZES NETO (2014)³⁰, de “(...) identificação, rastreamento, monitoramento e análise de informações relativas aos detalhes da vida íntima e da identidade das pessoas(...)”, e “(...) em razão das práticas de coleta, armazenamento, processamento, individualização e classificação das pessoas em determinados grupos (...)”.

A reprodução sistemática de uma lógica punitivista estatal, aliada à utilização de tecnologias de funcionamento obscuro e desconhecido com o objetivo de punição *continua refletindo* a preocupação com a *punição*. A permanente adoção e sustentação de um sistema que é concebido prevendo sua adequação constante ao contexto histórico em que está inserido³¹ não poderia facilmente ser contornada. Acredita-se, pois, na impossibilidade de pretensa reforma das punições sem, de maneira comprometida, refletir sobre o modelo de sistema penal vigente. De acordo com Alexandre Morais da Rosa e Augusto Jobim do Amaral,

A política dos *substitutos penais* – meios de *defesa social*, não esqueçamos ao fundo – assim, não elide a centralidade na punição do dispositivo da prisão. O centro do “arquipélago carcerário” é – pelo contrário, ao se reproduzir sua lógica – relegitimado, reforçado e ratificado. São aditivos às prisões que, quando não se tornam meros prolongamentos do encarceramento, esgarçar a rede de controle social formal. Por um lado, a extensão da rede de vigilância é ampliada; não se enfraquece a prisão que, por outra via, acaba por sair revigorada em sua função.³²

Enquanto o corpo social mantiver o desejo comum de ver o indesejável punido, *aniquilado*, não é possível considerarmos métodos tecnológicos avançados para auxílio e contenção às vontades de vigilância, monitoramento, supervisão e exclusão. Compartilhamos as inquietações com Salo de Carvalho, quando assevera que

A comprovabilidade empírica da hipótese central da criminologia crítica em relação aos substitutos penais no Brasil demanda importantes questionamentos e novas reflexões no que diz respeito às estratégias político-criminais alternativas. A principal diria respeito à eficácia dos substitutivos como mecanismos de ruptura com a lógica carcerária. Questão empírica derivada é a que indaga se os instrumentos substitutivos, em nossa realidade, minimizaram o impacto das políticas punitivistas.³³

30 MENEZES NETO, Elias Jacob de. Vigilância ou surveillance?

31 Sobre a flexibilidade da prisão, asseveram Alexandre Morais da Rosa e Augusto Jobim do Amaral, que “A história do sistema penal, em alguma medida, sempre foi a história da sua própria metamorfose. A sua reconfiguração é a da sua própria lógica. A própria prisão, (...), sempre utilizou-se desta propriedade de forma magistral: nasceu com o objetivo pautado pela sua perene reforma, ela é como que seu programa, e não tardará em se dar conta do momento de se “flexibilizar” para não perder sua centralidade. Ignorar a dinâmica expansiva do poder punitivo, menosprezar que algum *dispositivo* que for lançado nestas engrenagens, ainda que dotado das melhores intenções, incorporará e não ficará privado de suas propriedades estruturais, é ficar afeito a um delírio infrutífero.”. Ver: DA ROSA, Alexandre Morais da.; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. 3ª edição revista e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 25.

32 DA ROSA, Alexandre Morais da.; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**. p. 23-24.

33 CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In.*: GAUER, Ruth Maria Chittó. (org.); LOPES JR. Aury Celso Lima. [et. al.] **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. [recurso eletrônico] Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010.

O avanço constante das tecnologias de monitoramento e controle empregadas pelo estado brasileiro não são acompanhados pela população – talvez nem amplamente conhecidos ou divulgados. Os resultados destas novas modalidades de segregação transbordam os limites dos estabelecimentos prisionais, sendo capazes de criar e *rankear* regiões inteiras conforme a *classificação* de seus frequentadores – sob os olhares confusos, desviados e desviantes da sociedade.

Somos alertados para a massiva coleta de informações realizadas por aplicativos, *softwares* e programas interligados a redes e bancos de dados de agências de controle e vigilância estatais. Tais informações são processadas, armazenadas e, inevitavelmente, utilizadas para identificação, manutenção de segregação e exclusão de comunidades inteiras consideradas indesejáveis pelo corpo social em que habitam, sempre sob o signo da *manutenção da segurança pública*.

Por possibilitar a expansão do alcance punitivo das forças policiais, toda conduta tipificada, praticada em *qualquer lugar*, pode ser facilmente localizada e ter seu suspeito identificado e punido. Mecanismo imprescindível e extremamente útil ao aprimoramento da gestão das criminalidades³⁴ pela força policial estatal: tanto para satisfazer ânsias e clamores sociais por punição, quanto para estabelecer quais níveis de criminalidade são *toleráveis* e quais não são.

Práticas de vigilância e monitoramento de pessoas sem que, necessariamente, estejam física ou processualmente confinadas em instituições totalizantes estão se tornando cada vez mais recorrentes em todo o mundo. Com o ápice da pandemia de COVID-19, muitos Estados optaram por, em nome da segurança e da saúde de suas populações, rastrear indivíduos através do GPS de seus celulares, para que fosse possível a obtenção de informações sobre contato com possíveis outros infectados, por exemplo. Na recorrência deste tipo de prática, é possível inferir que, ao passo do progresso tecnológico, mas sem perder de vista a *imponência* das instituições totalizantes destinadas à *ressocialização do criminoso*, estamos caminhando em direção a um sistema híbrido de punição.

A combinação da crescente oposição ao encarceramento em massa, a evolução das tecnologias de *e-carceration* e a intransigência daqueles que permanecem leais aos complexos penitenciários-industriais está nos levando em direção a um sistema híbrido de punição. Este híbrido conterà duas partes: a primeira são as prisões existentes, os centros de detenção para imigrantes e outras instituições carcerárias que continuarão a, fisicamente, confinar pessoas sob a autoridade dos sistemas criminal e de segurança nacional. Podemos chamar o segundo componente

34 Alexandre Morais da Rosa e Augusto Jobim do Amaral exemplificam: “A sua vez, pensar em chamar todos aqueles “refugos” do corpo social (seja para demonizá-los ou “heroizá-los”), de *marginais* seria facilmente esquecer a posição central que engendram no sistema (penal). Nunca ausente o alerta de Foucault ao afirmar: ainda que olhos complacentes enxerguem nestas *marginas* as marcas da “*fronteira da exclusão*” social, poucos atentam que *elas* mesmas são “*espaços discretos e ensurdecidos*” que permitem a lei mais austera se aplicar. Por onde *elas* circulam são locais completamente alheios ao lirismo que *as* imagina como um “fora”, mas são os próprios intervalos internos, pequenos interstícios que permitem o funcionamento da *gestão das ilegalidades* pelo sistema penal. Em algum sentido, faz parte da miríade da inclusão, da dinâmica da sociedade na qual o sistema penal desempenha o papel de gerenciar seletivamente quais serão as ações toleradas ou não, mesmo que ilegais. Ver DA ROSA, Alexandre Morais da.; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**. pp. 25-26.

de “prisões a céu aberto” (*open-air prisons*), ou uma coleção de instituições, programas e práticas que existem fora das paredes das prisões tradicionais. Algumas destas, como *probation* e *parole*³⁵, estão diretamente ligadas ao sistema de justiça criminal; enquanto outras, como programas de abuso de substâncias e casas de acolhimento, fazem parte da ampliação da rede de serviços sociais que seguem uma aproximação punitiva, em vez de uma abordagem restaurativa, transformativa ou mesmo reabilitativa³⁶(tradução livre)

Atento à aplicação de vigilância(s) sobre o existir de apenados, Loïc Wacquant **já refletia sobre atualizações nas possibilidades de penalização, quando adverte que**

Por outro lado, além das penas ditas intermediárias, tais como a prisão domiciliar ou em um centro disciplinar (*boot camp*), dos “testes intensivos” e da vigilância telefônica ou eletrônica (com a ajuda de grampos e outros dispositivos técnicos), a autoridade do sistema penal se ampliou consideravelmente, graças à proliferação dos bancos de dados criminais e à decuplicação dos meios e dos pontos de controle à distância que estes permitem. Nos anos 70 e 80, sob impulso da Law Enforcement Administration Agency, organismo federal encarregado de ativar a luta contra a criminalidade depois que esta se converteu em tema-fetiche dos políticos em campanha, as polícias, tribunais e administrações penitenciárias dos 50 estados implantaram bancos de dados centralizados e informatizados, que já proliferaram e todas as direções.³⁷

Ainda, anuncia a guinada ao passado que objetivos e resultados da punição sofreriam, bem como percebe e alerta acerca *da nova sinergia entre as funções de “captura” e de “observação” do aparelho penal*³⁸:

Essa mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal da reabilitação, depois das críticas cruzadas da direita e da esquerda na década de 70 e de sua substituição por uma “nova penologia”, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas *isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos* mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de “detritos sociais” que com trabalho social.³⁹

Michelle Alexandre, advogada e ativista, argumenta que o sistema penal depende do rótulo de criminoso que é conferido a alguém, não ao tempo que alguém possa ter passado, efetivamente, na prisão.

A partir do momento em que uma pessoa é rotulada como criminosa, ele ou ela é introduzido num universo paralelo onde discriminação, estigma e exclusão são perfeitamente legais e privilégios da cidadania, como votar ou ser jurado, estão fora de cogitação. Não importa se você realmente passou algum tempo na prisão; sua cidadania de segunda classe começa no momento em que você é marcado como criminoso. É o distintivo da inferioridade - o registro do crime - que relega às pessoas, por toda a vida, o status de cidadão de segunda classe.⁴⁰(tradução livre)

35 Não há equivalência no direito brasileiro para os institutos “probation” e “parole” presentes no direito norteamericano. Contudo, pode-se traçar um paralelo entre “probation” e o instituto de “suspensão condicional da pena” (*sursis*), previsto no art. 77 do Código Penal, bem como entre “parole” e o benefício “livramento condicional”, art. 83, Código Penal e 131, da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984).

36 . KILGORE, James. **Understanding E-Carceration**. p. 140.

37 WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 84.

38 *Idem*.

39 WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. p. 86.

40 ALEXANDER, Michelle. **The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness**. Published in the United States by The New Press, New York, 2020. p. 94.

O estigma socialmente conferido a quem relaciona-se com o sistema penal permanece durante toda sua existência civil. Nos Estados Unidos da América ou no Brasil, a mera acusação de conduta *ilegal* garantirá ao sujeito o rótulo de criminoso, independentemente do cumprimento ou não de pena privativa de liberdade. As inúmeras possibilidades eletrônicas e *smart* de manter estas pessoas sob vigilância estatal, *na espreita* de eventual cometimento de crime que possa levar-lhe, efetivamente, ao estabelecimento prisional parece tentadora às ânsias populistas e punitivistas. *E por que não?* Para manter a sociedade *segura* e longe daqueles que possam perturbar a ordem e tirar sua paz, a utilização da vigilância e do monitoramento eletrônico ininterrupto seduzem.

Relegando a recortes populacionais específicos o estigma de *cidadãos de segunda classe*, ou, ainda, espécie de *casta inferior*, dificultando o acesso destes sujeitos a (busca por) trabalho, educação, saúde e direitos fundamentais, de modo a ser perfeitamente possível que estes indivíduos acabem por formar bairros, comunidades e regiões com estas características. Comunidades inteiras viram alvos e destinatários de tecnologias voltadas ao monitoramento constante, ao policiamento ostensivo e à espreita de qualquer equívoco que possa vir a ser punido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Michelle. **The New Jim Crow**: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. Published in the United States by The New Press, New York, 2020.

AMARAL, Augusto Jobim do. A Cultura do Controle Penal na Contemporaneidade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 12, nº 98, pp. 385-411, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/164/157>. Acesso em: 25 jul. 2023.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des) ilusão. Florianópolis: Editora Revan: 2012.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 25 jul. 2023.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jul.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 09/09/2015, processo eletrônico DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 jul. 2023.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In.*: GAUER, Ruth Maria Chittó. (org.); LOPES JR. Aury Celso Lima. [et. al.] **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II**. [recurso eletrônico] Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

DA ROSA, Alexandre Morais da.; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. 3ª edição revista e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

- DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972-1990)**. Tradução de Peter Pál Pelbart. 3. ed. São Paulo, SP: Editora 34, 2013.
- DEVICH-CYRIL, Malkia. **Will You Harbor Me? To Fight Police Violence, Demand Digital Sanctuary**. 09 jun. 2017. Palestra proferida no evento *Democracy Forum*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=BqnLX_6M-OM. Acesso em: 25 jul. 2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. (Brasil). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/20-anuario-2022-as-820-mil-vidas-sob-a-tutela-do-estado.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- JOBIM DO AMARAL, A., Santos Elesbão, A. C., & da Veiga Dias, F. (2021). Gubernamentalidad algorítmica y nuevas prácticas punitivas. *Derechos En Acción*, 20(20), 549. <https://doi.org/10.24215/25251678e549>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- KILGORE, James. **Understanding E-Carceration**: electronic monitoring, the surveillance state, and the future of mass incarceration. Published in the United States by The New Press, New York, 2022.
- MENEZES NETO, Elias Jacob de. Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos Tribunais**, v. 939, p. 159-182, jan. 2014. Disponível em: www.rtonline.com.br. Acesso em: 25 jul. 2023.
- MIRANDA DE FREITAS, C. R., & PELEGRINO, F. W. (2017). Anotações sobre o Monitoramento Eletrônico de Presos no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito Da Universidade Federal De Uberlândia**, 44(1). Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-v44n1a2016-35888>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- THE NEW PRESS. **James Kilgore**. Disponível em: <https://thenewpress.com/authors/james-kilgore>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- NUNES, Pablo. Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros: Rede de Observatórios de Segurança monitorou a tecnologia de reconhecimento facial em cinco estados. Resultado: além de ineficiente, sistema agrava o encarceramento de negros. **The Intercept Brasil**. Publicado em 21 nov. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- VIEIRA, Thainá Rodrigues. **O Monitoramento Eletrônico De Presos Como Alternativa Aos Regimes Aberto E Semiaberto**: Uma Possibilidade Frente Ao Déficit De Vagas Do Sistema. Orientador: Marcelo Almeida Ruivo. 2021. 177f. Escola De Direito Programa De Pós-Graduação Em Ciências Criminais Mesurado Em Ciências Criminais PUCRS, Porto Alegre, 2021. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/10088/8/DIS_THAINA_RODRIGUES_VIEIRA_COMPLETO.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.
- WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: A Luta por um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder. Tradução de George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Intrínseca, 2020., não paginado.

“GUERRA ÀS DROGAS” E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

GABRIELA MICHELS RIZZARDI¹

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL²

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá partir dos seguintes questionamentos: quando será válido o ingresso no domicílio quando ausente mandado de busca e apreensão? Quando o consentimento do morador é válido? Qual é o papel dos julgadores nesses casos? A palavra do policial se sobrepõe em relação as demais provas?

A garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio assegura que a casa é asilo inviolável³, ninguém podendo nela adentrar, salvo em algumas situações, dentre elas: em caso do consentimento do morador, da ocorrência de flagrante delito ou por determinação judicial.

Dessa forma, o presente artigo irá buscar analisar quais são as narrativas usadas pelos policiais como forma de justificar o ingresso na residência e como o Poder Judiciário Estadual recebe essas declarações, quais são os argumentos usados para tornar a prova legal, sem qualquer vício pretérito.

Assim, inicialmente, será realizada uma breve consideração a respeito da política criminal de drogas que é adotada no Brasil com base em um discurso médico-jurídico, o qual busca por meio do direito penal o combate às drogas através de uma política de tolerância zero.

Posteriormente, a fim de tentar entender o papel do julgador nos casos em que há denúncia por violação de domicílio no delito de tráfico de drogas, será

1 Especializanda em Ciência Penais pela Escola de Direito da PUCRS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCS (2018). E-mail: gabrielamrizzardi@gmail.com.

2 Orientador: Pós-Doutor em Filosofia Política pela Università degli Studi di Padova – Itália. Doutor em História do Pensamento pela Universidade de Coimbra – Portugal – e Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. E-mail: augusto_amaral@pucrs.br.

3 Art. 5º, XII. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** [Constituição (1988)]. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 abr. 2023.

feita uma pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e serão analisados acórdãos das três Câmaras Criminais que possuem competência para julgar o crime de tráfico de drogas.

O marco temporal que será adotado é o de um ano após a publicação do HC 598.051 – SP, julgado em 08.03.21 no Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴. Portanto, o período da pesquisa jurisprudencial será do dia 08.03.22 até 08.03.23, com o intuito de delimitar a pesquisa, somente serão analisados recursos de apelação por ser o mais completo e permitir um maior contato com o processo em si.

Assim, será realizada uma tabela no Excel para coleta dos dados e serão analisados critérios quantitativos e qualitativos e um irá complementar o outro.

No que tange os dados quantitativos serão analisados se a nulidade foi reconhecida ou não, a parte que ingressou com o recurso, qual Câmara Criminal possui maior divergência e quais são os bairros da cidade de Porto Alegre que teve maior incidência de denúncia por invasão de domicílio e quanto aos dados qualitativos serão analisadas as justificativas para o ingresso na residência e os fundamentos para o reconhecimento ou não da nulidade e toda a complexidade das decisões.

A partir desses dados, os quais serão comparados com outras pesquisas sobre o tema, será analisado o peso do testemunho policial e a forma como os operadores do direito interpretam tais narrativas nos casos em que é arguida a nulidade de violação de domicílio.

Dessa forma, a pesquisa terá três eixos, os quais irão se conjugar ao final, quais sejam: a política criminal de drogas no Brasil, a palavra do policial nos casos de alegação de invasão de domicílio e o sistema de justiça criminal.

2. A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

O sistema repressivo de combate às drogas no Brasil teve início a partir dos Decretos 780/36 e 2.953/38 e Decreto-Lei 891/38, a elaboração desse Decreto-Lei teve como base as disposições da Convenção de Genebra de 1936, a qual regulamenta questões referentes ao tráfico de drogas e o consumo⁵. Em 1940, a matéria é recodificada com a publicação do Decreto-Lei nº 2.848-40 e, a partir desse momento, é possível verificar o surgimento de uma política proibicionista

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 598.051 – São Paulo. Informativo 687. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&tacao=pesquisar&livre=018034> . Acesso em 05 mar. 2023.

5 Estabeleceu legislação restritiva de produção, do consumo e do comércio de drogas, com a previsão de internação ou prisão de usuários.

sistematizada que passa a ser estruturada com base em modelos autônomos que visam demandas e indivíduos específicos e sistemas repressivos⁶.

Concomitantemente com o processo de combate às Drogas no Brasil, nos EUA começam a surgir as primeiras tentativas da proibição do ópio através de uma política de tolerância zero⁷. Assim, em 1961, a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas da ONU foi assinada com o objetivo de combate às drogas no âmbito internacional⁸.

O sistema de combate às drogas atingiu o seu ápice na Convenção da ONU de 1988, pois vinculou o tráfico de drogas a outras condutas ilícitas⁹. Dessa forma, a Convenção de 1988 internacionalizou a política americana de “guerra às drogas”, obrigava os Países signatários a legislarem sobre a matéria e fez com que a definição de tráfico de drogas disposta no art. 3.1.a fosse recepcionada por inúmeros países¹⁰.

Retornando ao cenário brasileiro, em 1971, com a promulgação da Lei n 5.726/71, descodificando a matéria, as diretrizes de combate às drogas foram alinhadas de acordo com as convenções internacionais, impondo a mesma pena privativa de liberdade para o usuário e o traficante¹¹, apesar de o discurso ser contra o traficante que seria o delinquente.

Após, com a Lei 6.368/76, foi estabelecida a diferença entre o traficante (criminoso) e o usuário (dependente), aos usuários foi usado o discurso médico-terapêutico¹² e houve a diferenciação da pena imposta. Portanto, verifica-se que vai se criando a distinção (seletiva) entre os indivíduos, reafirmando estereótipos que são perseguidos pelo sistema de justiça criminal¹³.

Em 1998, foi realizada em Nova Iorque uma Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS) com o intuito de discutir novamente o combate às drogas, mas com um viés que priorizava a redução de danos, foi acordado que,

6 CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47-50.

7 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 74-78.

8 De acordo com o preâmbulo, em razão da preocupação das autoridades com a “saúde física e moral da humanidade” e considerando que o consumo de drogas “constitui um perigo social e econômico para a humanidade”, foi realizada a convenção com o intuito de limitar e distinguir o uso de substâncias para fins médicos e científicos. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**, Brasília, Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 14 abr. 2023).

9 BRASIL. **Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 14 abr. 2023.

10 BOITEUX, L. et al. **Série Pensando o Direito**: Tráfico, Drogas e Constituição. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 18-20.

11 CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

12 Art.8º, 9º, 10º. BRASIL. **Lei n. 6368, de 21 de outubro de 1976**, Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm#impresao.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

13 BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 88.

em dez anos, os Estados signatários se comprometeriam a reduzir ou eliminar o uso de drogas, reforçando um ideal (ilusório) de um mundo “livre de drogas”¹⁴. Ocorre que toda política que visa uma sociedade “livre das drogas” irá fracassar, pois se a imagem ideal for um mundo sem drogas, isso acarretará em políticas e medidas mais repressivas, necessitando cada vez mais da polícia no combate do “inimigo”¹⁵.

Assim, apesar de uma política de redução de danos, essa redução de danos era voltada para o dependente (usuário), o que se via quanto ao traficante de drogas era uma política de tolerância zero e extermínio, objetivando, além do traficante, as organizações criminosas. E como bem ressalta Pablo Ornelas Rosa, apesar da política de drogas ser pautada na redução de danos atuando no campo da saúde pública aliada no discurso médico, ainda assim ela opera como um dispositivo de controle na área de segurança pública, sobretudo por um dispositivo político de polícia que atua nas mais diversas áreas¹⁶.

Verifica-se, ainda, que embora o discurso “antidrogas” e as suas políticas advindas usem como escopo a medicina e a preocupação com a saúde do indivíduo, esse discurso, na prática, se mantém afastado, ao passo que ganha mais espaço na seara penal em razão das inúmeras “violências” que o tráfico de drogas “produz” na sociedade¹⁷.

Nesse contexto histórico, passa tramitar no congresso o Projeto de Lei do Senado Federal 115/2002, a qual deu origem a norma vigente, a Lei 11.343/06, e a pena mínima para o delito de tráfico de drogas aumenta. Além disso, o usuário passa a ser despenalizado¹⁸, isto é, continua sendo considerado crime, contudo, não há previsão de pena de prisão.

Marcelo Campos, em sua tese de Doutorado, aponta que o primeiro objetivo da nova lei era criar uma distinção entre usuários e traficantes, para que usuários não fossem mais presos como traficantes no país, e a intenção era focada no discurso médico-jurídico, tratar o usuário na seara da saúde¹⁹. Todavia, conforme

14 BOITEUX, L. et al. **Série Pensando o Direito**: Tráfico, Drogas e Constituição. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 22-23.

15 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 75.

16 ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a governabilidade neoliberal**: uma genealogia da redução de danos. Florianópolis: Insular, 2014. p.159-285.

17 PINTO, Nalayne Mendonça, OBERLING, Alessandra Fontana. Liberação ou proibição? Discursos e a representações acerca da política de drogas nos projetos de lei no congresso nacional (2010-2014). p. 205-232. LABATE, Beatriz Caiuby, POLICARPO, Frederico, GOULART, Sandra Lúcia, ROSA, Pablo Ornelas (orgs.). **Drogas, políticas públicas e consumidores**. Mercado de Letras, São Paulo: Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (NEIP), 2016.

18 Desde 2015, está em debate a legalização do uso da maconha no RE 635.659 no STF.

19 CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Dissertação (Doutorado) – curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 50-52.

se depreende da leitura do art. 33²⁰ da Lei 11.343/06, há diversos verbos abstratos, dentre eles 05 são idênticos aos dispostos no art. 28²¹ que define o delito de uso de drogas, portanto, tal diferenciação fica a cargo das autoridades: policiais no momento da apreensão, delegados quando do indiciamento, promotores que irão escolher denunciar por tráfico ou uso de drogas e, ao final, aos juízes que decidirão entre a aplicação de um dos dois artigos.

Portanto, a margem para discricionariedade é grande, pois depende da interpretação dos operadores do direito²² que definem sobre quem será tratado como traficante ou como usuário e, de acordo com Salo de Carvalho, alguns fatores irão ser determinantes para o enquadramento das condutas²³, como por exemplo: “a ‘cor’ do ‘suspeito’ é encoberta ou mascarada por outros *standards decisionais* (atitude suspeita, presença em área de tráfico, antecedentes criminais) que definirão o sujeito como ‘traficante’ ou ‘usuário’”²⁴.

Ou seja, a distinção legal entre usuário e traficante é dotada de elemento subjetivo, uma pesquisa realizada pela autora Juliana Carlos, entre 1º de abril e 30 de junho de 2011, demonstra que mesmo pessoas presas com pouca quantidade de droga são condenadas como traficantes, o critério unicamente subjetivo estabelecido em lei em um Estado tão desigual como o Brasil, resulta em uma aplicação injusta da lei, com sentenças desproporcionais e, por conseguinte, esses fatores refletem no aumento do número da massa carcerária²⁵.

Assim, com a despenalização do consumo de drogas, esperou-se que houvesse uma significativa redução na massa carcerária, contudo, “o efeito alcançado não foi a redução do encarceramento, mas, ao contrário sua expansão massiva.”²⁶. De acordo com dados coletados pelo DEPEN, entre janeiro e junho de 2022, delitos envolvendo a Lei de Drogas é o segundo tipo penal que mais prende na categoria geral²⁷.

20 BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

21 *ibid.*

22 Juízes, promotores, defensores públicos, advogados e delegados.

23 CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira**: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez.

24 *Ibid.* p. 633.

25 CARLOS, Juliana. **Política de drogas e encarceramento em São Paulo**, set. 2015. International Drug policy Consortium. p. 07-12. Disponível em https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/1873066/mod_resource/content/0/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015_PORTUGUESE.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

26 ROSA, Pablo Ornelas; RIBEIRO JUNIOR, Humberto; LEMOS, Clécio. Encarceramento em massa e criminalização da pobreza: ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas. In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). **10 anos da Lei de Drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 121.

27 DADOS DO LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. **INFOPEN** - janeiro e junho de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/servicos/sisdepem>. Acesso em 17 abr. 2023.

Quanto ao perfil da população carcerária, segundo dados divulgados pelo Anuário de Segurança Pública publicado em 2022, constata-se que 67,5% da massa carcerária é composta por pessoas negras e 46,6% dos presos têm entre 18 e 29 anos²⁸. Esse perfil predominante da população carcerária em geral, também atinge a população presa por tráfico de drogas²⁹.

Portanto, a “construção do delito” é definida pelo poder seletivo do sistema penal que elege seus candidatos a partir de um estereótipo, desencadeando em um processo de sua criminalização através do Poder Judiciário³⁰. Dessa forma, o direito penal não é somente um sistema estático de normas, mas também atua como um sistema dinâmico de funções a partir da criminalização primária (criação das normas) e secundária (aplicação das normas), tais definições confirmam o mito do direito penal como direito igual, pois, a lei penal não é igual para todos e a definição de criminoso é atribuída de forma desigual entre os sujeitos³¹.

Assim, resta nítido que a “guerra às drogas” no Brasil reforça a seletividade do sistema penal, os dados de encarceramento indicam o agir seletivo dos operadores do direito, neutralizando práticas racistas e preconceituosas que reforçam o discurso punitivista³², isto é, faz crer que somente determinados indivíduos e em determinadas camadas sociais praticam crimes.

3. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O testemunho policial nos processos originados das prisões em flagrante nos delitos que envolvem o tráfico de drogas possui grande relevância para os julgadores, pois são os agentes públicos quem têm o primeiro contato com o sujeito.

Para tanto, com foco na arguição da nulidade referente a violação de domicílio, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no site do TJRS utilizando no filtro “palavra-chave” o critério de busca “Violação de domicílio. Tráfico de Drogas”.

28 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. ANUÁRIO BRASILEIRO, ed. 2022. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>. Acesso em: 17 abr. 2023.

29 JESUS, Maria Gorete Marques, HILDEBRANDO, Amanda, ROCHA, Thiago Tadeu, LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 34-70.

30 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro, Revan, 5ª ed., 2001. p. 245-246.

31 BARATTA, Alexandre. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal, 3ª ed. Rio de Janeiro. Revan, 2002. p: 161-164.

32 CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira**: a decisiva contribuição do poder judiciário. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez.

O método adotado para análise dos acórdãos foi inspirado na tese de doutorado *Sentenciando o Tráfico*, do autor Marcelo Semer, a referida pesquisa buscou entender a dinâmica do encarceramento no País através dos julgados em relação ao delito de tráfico de drogas, pois é insuficiente entender o encarceramento quando restringido somente no texto legal, uma vez que o sistema penal não se limita a produção legislativa, razão pela qual necessita de uma análise da realidade para criar essa ponte e mensurar os impactos dos movimentos penais³³.

Dessa forma, assim como na referida tese, foram analisados os dados quantitativos e os qualitativos.

Quanto aos dados quantitativos, foram apurados quantos acórdãos reconheceram ou não a nulidade de violação de domicílio, qual foi a Câmara Criminal que teve maior número de divergência entre os desembargadores e quais foram os três bairros da cidade de Porto Alegre que tiveram maior incidência de denúncia por violação de domicílio.

Nos dados qualitativos foram analisados a motivação da abordagem, isto é, o que levou os agentes públicos a ingressarem no domicílio, o teor dos argumentos invocados nos acórdãos, as semelhanças ou não dos fundamentos e foi examinado o valor probatório do testemunho policial. Portanto, um dado complementou o outro para uma melhor análise da realidade das ações policiais que envolvem denúncia por ingresso ilegal no domicílio.

O que motivou a presente pesquisa foi que, além das apreensões obtidas através da abordagem pessoal, tornou-se cada vez mais comum o ingresso no domicílio sob a justificativa da ocorrência de flagrante delito pelo fato do tráfico de drogas se tratar de um crime permanente e sob a justificativa do morador ter consentido com o ingresso dos agentes no interior da residência, tanto é que os Superiores Tribunais há tempos vêm discutindo a matéria acerca da legitimidade do ingresso no domicílio.

Algumas das problemáticas dos referidos artigos consistem quanto ao ingresso na residência mediante a justificativa de ocorrência de flagrante delito nos casos que envolvem o delito de tráfico de drogas por se tratar de um crime permanente que se prolonga durante o período de cometimento. No que se refere ao consentimento do morador, a dúvida é quanto a identificação da voluntariedade do consentimento dado.

Em 2014, Alexandre Moraes, juiz de direito, já havia alertado para ocorrência de ilegalidades nas diligências realizadas, uma vez que a jurisprudência

33 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito). USP, 2019, p. 230-232.

aceitava como argumento para ingresso na residência o simples fato de os policiais estarem diante de um crime permanente³⁴.

Sobre o tema, há três decisões dos Superiores Tribunais que merecem destaque, a primeira é o RE 603.616/RO -Supremo Tribunal Federal (STF), julgado em 09.05.2016, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes³⁵, que enfatiza que deve haver justa causa para ingresso em domicílio, portanto, os agentes públicos devem demonstrar que havia elementos mínimos a justificar a entrada na residência³⁶.

Outra decisão, trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635 conhecida popularmente como “ADPF das favelas”, ainda em curso, que enfrenta a violência policial no Estado do Rio de Janeiro³⁷.

Em relatório disponibilizado pela ONG Redes da Maré, referente ao ano de 2022, revelou que, após três anos de diminuição das operações policiais, em razão sobretudo da “ADPF das favelas”, identificou-se um aumento de 145% no número de mortes em intervenções policiais. Além disso, em 60% das operações policiais ocorridas nas favelas da Maré houve denúncias de violação de domicílios, ficando em 1º lugar no ranking das violências e violações de direitos praticadas em operações policiais no ano de 2022³⁸.

A terceira decisão, a qual é usada no presente artigo como parâmetro para a análise da jurisprudência do TJRS, trata-se do HC 598.051/SP (2020/0176244-9), tema 687, publicado em 08.03.2021, que, em razão dos frequentes abusos cometidos nas operações policiais, fixou critérios que devem ser adotados pelos agentes públicos e pelo Poder Judiciário. A matéria limita-se a questões no que se refere a violação de domicílio no caso que foi examinado e em casos similares, buscou preencher lacunas legais e, por conseguinte, uma uniformização do entendimento referente a matéria em todo território nacional³⁹.

34 MORAIS, Alexandre da Rosa. **O mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes criminais**. Conjur, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>. Acesso em 18 mar. 2023

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616/RO – Rondônia. Repercussão Geral. Tema: 280. Relator: Min. Gilmar Mendes, 09 de maio de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>. Acesso em: 19 abr. 23.

36 No presente julgado ficou fixada a tese que a fundada razão para ingresso deve ser demonstrada “*a posteriori*”, ocorre que, em alguns casos, entende-se que a justa causa estaria ligada a apreensão posterior da droga na residência, tornando a ação legal, o que pode dar margem para legitimar ilegalidades.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Relator: Min. Edson Faccin, em curso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em 19 abr. 23.

38 REDES DA MARÉ. **Boletim Direito à Segurança Pública na Maré**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/RdM_Boletim_direito_SegPubli23.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023. p. 07-18

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 598.051 – São Paulo. Informativo 687. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&tacao=pesquisar&livre=018034>. Acesso em 28 mar. 2023.

O julgado supracitado analisa 05 questões e, durante todo o voto, buscou responder e fixar parâmetros para o ideal cumprimento e legalidade das ações policiais, isto é, quais os critérios que devem ser exigidos para tornar a ação válida⁴⁰.

Dos casos que chegam até o STJ, constatou-se que as denúncias de violação de domicílio se concentram sobretudo nos delitos que envolvem o tráfico de drogas, são situações que se desencadeiam através de uma denúncia anônima ou em face de um “comportamento suspeito” que a polícia presencia e que gera “desconfiança”, esses fatores são constatados, em sua maioria, a partir do patrulhamento de rotina realizado pela polícia, principalmente pela polícia militar⁴¹.

Ou seja, a justa causa exigida em lei para justificar o ingresso no domicílio se baseia na palavra dos policiais responsáveis pela apreensão de drogas, mais precisamente na impressão subjetiva do agente sobre o que é uma “atitude suspeita” capaz de autorizar o ingresso na residência. Ocorre que a simples intuição policial pode gerar buscas, investigações, mas jamais pode resultar em um flagrante, pois a intuição é propensa a erros e a violação de regras⁴².

Dessa forma, a fim de responder os questionamentos iniciais do voto, fixou-se 05 teses centrais, na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se a existência de fundadas razões para o ingresso na residência, o tráfico de drogas, apesar de ser um delito permanente, nem sempre autoriza o ingresso na residência, o consentimento do morador deve ser voluntário e livre de qualquer coação, a prova da voluntariedade do morador cabe ao Estado e a violação dessas regras resulta na declaração da ilicitude da prova obtida⁴³.

Além disso, fixou-se o prazo de 01 ano para permitir o aparelhamento das polícias e adaptação das diretrizes do julgado⁴⁴. Ato contínuo, foi unificado o entendimento no STJ através do HC 616.584/RS⁴⁵.

Todavia, o STF no RE 1.342.077, sob relatoria do Min. Alexandre de Moraes, em razão de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o acórdão proferido no HC 598.051, entendeu que o STJ não possui competência para determinar o aparelhamento dos órgãos, no

40 Ibid., p. 20.

41 Ibid., p. 21.

42 LOPES Jr., Aury; MORAIS, Alexandre da Rosa. **Não existe flagrante intuitivo: é preciso evidência.** Conjur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/limite-penal-nao-existe-flagrante-intuitivo-preciso-evidencia#ftn6>. Acesso em 21 abr. 23.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 598.051 – São Paulo. Informativo 687. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 08 de março de 2021, p. 68-69. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&tacao=pesquisar&livre=018034>. Acesso em 28 mar. 2023.

44 Ibid., p. 70.

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus 616.584 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/06042021-Turmas-penais-unificam-orientacao-sobre-prova-de-autorizacao-do-morador-para-a-entrada-da-policia.aspx>. Acesso em 21 abr. 2023.

que tange a necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências, tampouco para criar requisitos que não estão previstos em lei, as demais determinações foram mantidas⁴⁶.

Entretanto, apesar do referido julgado, o STJ caminha no sentido de coibir ilegalidades em casos que envolvem tráfico de drogas e invasão de domicílio. Dessa forma, em razão dos diversos precedentes dos Superiores Tribunais, sobretudo do STJ, buscou-se analisar de que forma o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul está se posicionando sobre o tema. Assim, a fim de tornar a análise das decisões viável, optou-se por realizar a pesquisa dos acórdãos julgados em 2º grau, perante o TJRS, foi selecionado o período de busca entre 08.03.22 até 08.03.23, um ano após a publicação do informativo n. 687 que foi originado do HC 598.051/SP.

Assim, a pesquisa jurisprudencial foi realizada nas câmaras criminais do TJRS responsáveis pelo julgamento dos delitos que envolvem o tráfico de drogas, quais sejam: 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais, conforme regimento interno do Tribunal⁴⁷, somente foi realizada a pesquisa dos julgados que correspondiam a julgamento em sede de recurso de apelação, tendo em vista que permitiu maior contato com a sentença de 1º grau e com os dados dos processos.

Foi feita a análise de 438 acórdãos, a data do primeiro acórdão julgado foi em 10.03.22 e o último em 09.02.23. Portanto, foram analisados 126 acórdãos correspondentes a 1ª Câmara Criminal, 151 referentes a 2ª Câmara Criminal e, por fim, 161 quanto a 3ª Câmara Criminal.

Para análise dos dados, foram realizadas quatro tabelas no Excel, uma para cada Câmara Criminal e uma para o resultado, de modo que as colunas foram divididas da seguinte forma: n. do acórdão, parte que ingressou com o recurso⁴⁸, se a nulidade da violação de domicílio foi reconhecida ou não, data de julgamento, comarca de origem, se o ingresso se deu em razão de flagrante delito e/ou consentimento do morador ou através de mandado de busca e apreensão, a motivação para o ingresso e, conforme os recursos foram sendo analisados, verificou-se que há um padrão de comportamento das ocorrências sobre o tráfico de drogas, motivo pelo qual a coluna foi dividida com base em 05 critérios, quais sejam: (i) patrulhamento de rotina, (ii) denúncia anônima e/ou informação do

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.342.077 – São Paulo. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moraes-derruba-ordem-stj-obrigou.pdf>. Acesso em 21 abr. 2023.

47 Art. 29, I. RIO GRANDE DO SUL. Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/legislacao/justica-estadual/>. Acesso em 11 mar. 23.

48 Foi examinado somente a parte que ingressou com o recurso referente a nulidade da prova em face da invasão de domicílio, as demais questões probatórias não foram analisadas, portanto, a Câmara Criminal pode não ter reconhecido a nulidade, mas ter absolvido o(a) acusado(a) por outro motivo.

setor de inteligência da polícia, (iii) mandado judicial, (iv) investigação prévia⁴⁹ e (v) ingresso em razão de outra ocorrência⁵⁰.

Ainda foram analisados os principais fundamentos dos julgadores para acolher ou não a ilegalidade, e, ao final, o local da apreensão na cidade de Porto Alegre⁵¹.

Assim, todas as informações da presente pesquisa são correspondentes aos acórdãos disponibilizados no site do TJRS, não são informações do processo, em si, reconhece que a análise dos acórdãos pode ter uma redução de dados, tendo em vista que nem todos os processos em que foi arguida nulidade de violação de domicílio podem ter sido objeto de recurso de apelação, mas a presente pesquisa tem como foco analisar o entendimento do TJRS no período determinado.

Outrossim, não se busca uma verdade absoluta nos resultados, mas sim uma análise dos fundamentos das decisões, isto é, o impacto do julgador na legitimação ou não das violações das garantias constitucionais.

Dessa forma, dos 438 acórdãos analisados, a maioria dos recursos de apelação foram ingressados pela defesa, isto é, 94,29% (413), enquanto o Ministério Público foi responsável apenas por 5,48% (24) dos recursos, e somente 0,23%⁵² (1) as duas partes ingressaram.

Apurou-se que mais da metade dos julgados não acolheram a nulidade, 84,25% (369) dos acórdãos rejeitaram a nulidade da prova diante da violação de domicílio, ao passo que 15,75% (69) declararam a prova ilícita e, por conseguinte, absolveram o acusado, ou seja, 1 em cada 6 recursos ingressados teve a nulidade reconhecida pelos julgadores.

Segundo os dados extraídos dos julgados, os fundamentos para não admitir a ilegalidade foram em razão do tráfico de drogas ser um crime permanente e em todos os acórdãos a palavra do policial foi valorada para justificar as fundadas razões para o ingresso na residência.

A palavra do policial foi a principal prova e fundamento para o não reconhecimento da ilegalidade, ou seja, os fundamentos jurídicos usados para o reconhecimento ou não da nulidade foram baseadas no modo que foi narrada a ocorrência, portanto, trata-se dos mesmos argumentos usados pelos agentes públicos no momento do boletim de ocorrência para justificar o ingresso no domicílio.

49 Nesse ponto, considerou-se investigação prévia escutas telefônicas, relatórios etc.

50 Da análise, constatou-se também ser uma justificativa para ingresso no domicílio uma situação de flagrante delito oriunda de outro crime, razão pela qual os policiais ingressavam na residência e, ao atender a ocorrência, encontravam drogas.

51 Por se tratar de um Tribunal Estadual que julga todas as Comarcas do Estado, optou-se por somente analisar os bairros da capital.

52 Em único caso em que havia mais de um réu, um foi absolvido e o outro condenado em 1º grau.

Outro ponto que chama atenção é o fato de que todos os acórdãos que houve alegação de consentimento do morador estava presente uma situação de flagrante delito. Assim, dos casos analisados, a prisão se desencadeou em 69,86% (306) em uma situação envolvendo a alegação de flagrante delito, 29,00% (127) em face da constatação de flagrante delito somado com o consentimento do morador e apenas 1,14% (5) em razão de haver mandado de busca e apreensão.

Ao analisar os argumentos de forma mais detalhada, o ingresso dos policiais no domicílio se deu em razão, respectivamente: 51,60% (226) denúncia anônima e/ou informação do setor de inteligência da polícia, 40,87% (179) patrulhamento de rotina, 3,88% (17) outra ocorrência, 2,51% (11) investigação prévia, e, por fim, 1,14% (5) mandado judicial devidamente expedido.

Ainda, apurou-se que a 1ª Câmara Criminal teve 34,13% (43) dos resultados dos votos não unânimes, enquanto na 2ª Câmara Criminal a divergência foi de 5,96% (9) e na 3ª Câmara Criminal de 3,11% (5).

Dos 68 acórdãos analisados que tiveram como comarca de origem Porto Alegre, os bairros que maior tiveram incidência de denúncia por violação de violação de domicílio foram, respectivamente: Restinga 11,75% (8), Rubem Berta 10,29% (7) e Bom Jesus 8,82% (6), o que fortalece a hipótese que as ações ostensivas da polícia se concentram nos bairros mais vulneráveis.

Portanto, os processos pesquisados se originaram, em sua maioria, do policiamento ostensivo nas ruas e, por conseguinte, das prisões em flagrante como resultado do patrulhamento, sobretudo em locais mais vulneráveis socialmente e que têm como alvo determinado perfil.

4. A (IN)EXISTÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL E O TESTEMUNHO POLICIAL: ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOS JULGADOS

Marcelo Semer, em sua tese de doutorado, ao realizar a análise de 800 sentenças criminais proferidas em 08 Estados do Brasil, no intervalo de 01.07.13 a 30.06.15, antes da publicação do RE 603.616/RO do STF e do HC 598.051/SP do STJ, constatou-se que os magistrados não exigiam mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio para tornar a ação policial válida, sob o fundamento de que se a droga foi encontrada após a entrada na residência, está presente uma situação de flagrante delito que permitia o acesso ao local, a cada seis ingressos em residência, apenas um possuía expedido mandado de busca e apreensão. Ao final, verificou-se que das decisões pesquisadas não havia uma só sentença que teria declarado a ilicitude da prova⁵³.

53 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito). USP, 2019, p. 272-273.

Portanto, em razão da ausência de sentenças que reconheceu pela ilicitude da prova diante da invasão de domicílio e da inexistência de discussão a respeito da matéria, verificou-se que “é o caso de reconhecer o completo esvaziamento da inviolabilidade do domicílio como direito fundamental”⁵⁴, caracteriza-se, portanto, um Estado de Exceção permanente⁵⁵.

Ocorre que, após quase dez anos desde o início da referida pesquisa, em que pese o cenário tenha se mostrado mais otimista, os argumentos usados para afastar a tese de violação de domicílio ainda continuam os mesmos.

A política de drogas é tratada como um poder de polícia que atua de forma repressiva sob certos indivíduos, reforçando a lógica punitivista que guia a sistemática do Código de Processo Penal de 1942, logo o poder é direcionado e concentrado contra o suspeito de um crime⁵⁶ e que suspeito é esse?

Os policiais são funcionários públicos que, a partir, principalmente do policiamento ostensivo nas ruas, “são, ao mesmo tempo, a ponta e o desfecho de todo o processo de incriminação na política de drogas”⁵⁷. Portanto, a classificação do crime inicial narrado pela polícia é o problema central, pois é o agente quem vai narrar os acontecimentos, as circunstâncias do flagrante, qual é o local conhecido pelo tráfico de drogas etc. elementos estes que são usados majoritariamente nas decisões⁵⁸.

Constatou-se, na presente pesquisa, que as principais justificativas para os policiais procederem com a abordagem e, por conseguinte, ingressarem no domicílio são em razão de denúncia anônima e/ou patrulhamento de rotina.

Dessa forma, assim como nas pesquisas realizadas em que foram analisadas sentenças condenatórias sobre tráfico de drogas, o patrulhamento de rotina e a denúncia anônima são os principais motivos para efetuar a abordagem do “suspeito”, logo a prisão em flagrante é a principal base do inquérito policial.

De acordo com a pesquisadora Maria Gorete, em entrevista realizada com policiais e delegados, verificou-se que a descrição mais comum nas narrativas policiais para proceder com a abordagem é em razão do patrulhamento de rotina seguido de uma “atitude suspeita”, ocorre que essa expressão é utilizada para descrever não somente o comportamento, mas sim gestos e indivíduos, o que demonstra a subjetividade na definição⁵⁹.

54 Ibid., p. 275.

55 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

56 CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 81-85.

57 JESUS, Maria Gorete Marque. “**O que está no mundo não está nos autos**”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. USP, 2016, p. 20.

58 Ibid., p. 32-33.

59 Ibid., p. 81-87.

Vera Malaguti já alertava para a subjetividade da expressão, em casos distribuídos entre 1968 e 1988, demonstraram que a partir da fala dos policiais foi possível concluir que a “atitude suspeita” não possui relação com algum “ato suspeito”, mas sim no sentido de pertencer a um grupo social que, por si só, desperta suspeitas, por exemplo, ser jovem, pobre e/ou negro⁶⁰. Na presente pesquisa não foi analisado o perfil dos acusados condenados por tráfico de drogas em razão da ausência de dados, no entanto, já foi demonstrado em outras pesquisas⁶¹ que a chance de uma pessoa negra ser abordada é maior que de uma pessoa branca, os jovens negros, portanto, são alvo da polícia não porque têm mais propensão a delinquir, mas sim porque possuem já o perfil estereotipado⁶².

Portanto, a “atitude suspeita” descrita pelos policiais, não se trata de um ato suspeito que, de fato, se faça presumir a prática do delito de tráfico de drogas, somente comprova o que vem sendo demonstrado pela criminologia há décadas, que certos indivíduos são etiquetados pelo sistema⁶³.

Em 2019, foi expedido mandado de busca e apreensão coletivo em duas favelas do Rio de Janeiro, em seguida, o STJ considerou ilegal o mandado judicial genérico, uma vez que a suspeita de que crimes estejam sendo praticados em um determinado lugar não autoriza que todo local seja objeto de busca e apreensão⁶⁴.

Não é coincidência que dos 31 bairros analisados na cidade de Porto Alegre que foram alvo de denúncia por violação de domicílio, nenhum deles faz parte do metro quadrado mais caro da Capital⁶⁵, ou seja, atos somente são definidas como suspeitos a depender do contexto social que o indivíduo está inserido.

As “atitudes suspeitas” narradas pelos policiais que foram reproduzidas nos acórdãos, são das mais variadas, desde o fato do acusado estar com uma sacola até em razão de apresentar “nervosismo” ao ver a guarnição:

60 BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 103.

61 No Anuário Brasileiro de Segurança Pública publicado em 2021, revela que, embora a letalidade policial tenha diminuído, o perfil das vítimas de intervenções policiais no país continua o mesmo: adolescentes, jovens e negros. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/05-anuario-2022-letalidade-policial-cai-mas-mortalidade-de-negros-se-acentua-em-2021.pdf>. Acesso em 05 mai. 23.

62 ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. **Seletividade Racial Na Política Criminal De Drogas:** Perspectiva Criminológica Do Racismo. (Tese De Doutorado) PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 143.

63 BECKER, Howard Saul. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 435.934 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/stj-considera-ilegal-busca-apreensao-coletiva-rio>. Acesso em 15 mai. 2023.

65 WEBER, Jéssica Rebeca. **Venda de imóveis:** veja o mapa com os bairros mais caros e os mais baratos de Porto Alegre. Gaúcha ZH, Porto Alegre. Disponível: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2022/05/venda-de-imoveis-veja-o-mapa-com-os-bairros-mais-caros-e-os-mais-baratos-de-porto-alegre-cl3alker0003k019i4m1dk0au.html>. Acesso em 10 mai. 2023. Ao final da matéria é possível selecionar através de um mapa quais são os bairros que possuem o metro quadrado mais baratos da Capital, estando dentre eles, os três bairros que tiveram maior incidência de denúncia por violação de domicílio.

o réu chegava ao condomínio carregando três mochilas, o que despertou suspeita e motivou a abordagem realizada, diga-se, na área externa do condomínio.⁶⁶.

Além disso, a “fuga” como resultado para abordagem e ingresso no domicílio foi uma das principais justificativas para o ingresso na residência, embora o STJ recentemente tenha inúmeros julgados a respeito do tema no sentido que a mera fuga, por si só, não autoriza a entrada no domicílio, verificou-se que a justificativa foi aceita, em grande parte, pelos desembargadores:

Ora, estando os policiais em patrulhamento em local conhecido pelo tráfico de drogas e, ao perceber a guarnição, uma ou mais pessoas tentam empreender fuga sem motivo aparente algum, a meu ver, caracterizada está a fundada suspeita acerca da ocorrência de um crime, pois como diz o famigerado ditado, ‘quem não deve, não teme’. É impossível que em uma localidade conhecida pela prática de algum delito, um cidadão de bem, trabalhador, tente fugir simplesmente por avistar a Polícia.⁶⁷

Assim, reconhecer que a simples “fuga”, expressão abstrata, a qual sequer é definida, seja motivo suficiente para ingressar no domicílio e violar uma garantia constitucional e, mais, afirmar que seria impossível que um “cidadão de bem”, “trabalhador”, tentasse fugir ao ver a viatura, demonstra que “parte-se da premissa que o crime de tráfico de drogas, não é um fato dado, mas uma construção interpretativa da nossa cultura, expressada por meio de representações sociais”⁶⁸.

Apesar dos julgadores atribuírem valor ao testemunho policial, há decisões que fazem ressalvas para o tema⁶⁹.

Outro ponto que chama bastante atenção é referente a abordagem e posterior ingresso em razão de uma denúncia anônima e/ou informação apócrifa ou do setor de inteligência, pela limitação das informações contidas nos votos, não foi possível analisar se havia algum documento que atestasse a origem da informação. Todavia, em pesquisas realizadas, constatou-se que praticamente todas as informações de denúncias anônimas não possuíam qualquer registro, a não ser a palavra dos policiais⁷⁰, entretanto, a falta de comprovação por parte dos agentes

66 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50531894220208210001. Apelado: Ministério Público. Apelante: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Honório Gonçalves Da Silva Neto. Porto Alegre, 29 de setembro de 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 06 mai. 2023.

67 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50009282120168210008. Apelado: Ministério Público. Apelante: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 27 outubro de 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 06 mai. 23.

68 CYPRESTE, Artur Dalla, MOLINA, Bernardo Berbet. A Política Nacional de Drogas e a Prática Judicial: Apontamentos etnográficos, p. 233-234. LABATE, Beatriz Caiuby, POLICARPO, Frederico, GOULART, Sandra Lúcia, ROSA, Pablo Ornelas (orgs.). **Drogas, políticas públicas e consumidores**. Mercado de Letras, São Paulo: Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (NEIP), 2016.

69 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50199801920208210022. Apelado: Segredo de Justiça. Apelante: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Luciano Andre Losekan. Porto Alegre, 19 maio de 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 04 abr. 23.

70 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito). USP, 2019, p. 266.

públicos não era questionada pelos operadores de direito que aceitavam como se verdadeira fosse⁷¹.

No caso do TJRS as denúncias anônimas e informações abstratas, que não raras as vezes são provenientes da própria polícia, mas de outro setor que foi realizada a abordagem, são amplamente recepcionadas para justificar o ingresso na residência e reconhecer a prova como lícita, das 226 ocorrências que foram originadas em face de denúncias anônimas e/ou informações, 83,63% (189) foram aceitas pelo TJRS como motivação idônea para ingresso no domicílio.

Outro ponto a ser destacado é a questão de quando o ingresso no domicílio é “autorizado” pelo “suspeito” e a forma como é aceito pelos julgadores como um consentimento sem qualquer vício. Da análise dos acórdãos, era comum a narrativa dos policiais no sentido que, após a situação de flagrante delito, o indivíduo teria confessado informalmente possuir mais drogas dentro de casa e, ainda, teria indicado o local onde poderiam ser encontradas mais drogas e/ou outros objetos, como balança.

Os Brigadianos referiram que o réu, que estaria sozinho, teria dito-lhes que guardaria mais droga em sua residência, levando-os à pé ao local, onde, segundo os policiais militares, teriam sido encontradas drogas, munições, e balança de precisão⁷².

Não foi possível na presente pesquisa contabilizar se havia termo de consentimento/vídeo anexados aos autos em razão da ausência de informações nos votos, todavia, em casos em que há termo firmado por escrito e/ou a juntada de mídia, será que poderia se falar em consentimento voluntário e livre? uma vez que causa estranheza que uma pessoa concorde livre e voluntariamente, após ter sido abordada por policiais armados, que estes ingressem no seu domicílio⁷³.

Nesses casos, o consentimento seria insuficiente, tendo em vista a coação que o agente está sofrendo, portanto, trata-se de um consentimento viciado e, por conseguinte, ilegal é a busca domiciliar nessas condições⁷⁴.

Dos 127 acórdãos analisados em que foi alegado o consentimento por parte do morador, 13,39% (17) foram considerados inválidos, enquanto 86,61% (110) foram aceitos como consentimento válido pelo TJRS, livre de qualquer vício.

-
- 71 JESUS, Maria Gorete Marque. “O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. USP, 2016, p. 88-90.
- 72 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50732961020208210001. Apelado: Segredo de Justiça. Apelante: Ministério Público. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz De Souza. Porto Alegre, 27 de julho de 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 10 mai. 2023.
- 73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 598.051 – São Paulo. Informativo 687. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 08 de março de 2021, p. 45. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018034>. Acesso em 28 mar. 2023.
- 74 JR., Aury L. **Direito processual penal**. São Paulo, Editora Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626355. p. 240-241. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

Dessa forma, o testemunho policial é como se tivesse maior valor que as demais provas contidas nos autos, a partir do momento que se presume a veracidade de todas as declarações dos agentes públicos, sem qualquer questionamento, ao passo que a versão trazida pelo réu e as testemunhas de defesa são questionadas.

Assim, o testemunho policial e a forma como é narrado o ingresso na residência, na maioria dos casos, basta para julgar a prova como legal, pois pelo fato dos policiais serem agentes públicos não haveria motivos para duvidar das suas declarações ou, como mencionado em um dos votos, como não aceitar as declarações policiais como meio de prova, tendo em vista que o Estado lhes atribui a missão de combater a criminalidade?

Neste particular, é de se destacar que o depoimento prestado pelos agentes de segurança merece especial relevância quando não verificada qualquer razão plausível a justificar um possível falso testemunho. Não há razão para colocar em xeque os testemunhos dos policiais, tão somente, por sua condição de agentes de segurança pública. Ademais, é o Estado quem lhes atribui a autoridade e o dever de combater a criminalidade. Portanto, seria contraditório credenciá-los como agentes de segurança pública e, depois, não aceitar seus testemunhos como meio de prova.⁷⁵

Em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2016 e 2018, apurou-se que em 62,93% dos casos o depoimento do agente de segurança pública era o único testemunho a prestar depoimento nos autos e em 53,79% dos casos analisados o depoimento do policial foi a principal prova valorada pelo julgador⁷⁶, além disso se os agentes públicos referem que o local é conhecido por ser ponto de tráfico de drogas, tal afirmação não será questionado pelo juiz, que aceitará a declaração como verdadeira⁷⁷.

Os termos “fé pública” e “presunção de veracidade” são usados como argumento para legitimar o testemunho policial, expressões que pertencem ao campo do direito administrativo, mas que no direito penal expressa um sistema de crenças que é depositado nesses agentes⁷⁸. Dessa forma, o repertório desse sistema é na forma como o policial é visto como representante do Estado, baseado em um saber policial habilidoso e de que vão agir para proteger a sociedade, de modo que é criada uma imunidade perante o testemunho policial que é estendida até

75 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50011668520178210014. Apelado: Segredo de Justiça. Apelante: Ministério Público. Relator: Desembargadora Gisele Anne Vieira De Azambuja. Porto Alegre, 23 de maio de 2022. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 08 mai. 2023.

76 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. “Relatório Final. Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Rio de Janeiro, 2018. p 34-38. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatorio_Pesquisa_Lei_Drogas.pdf. Acesso em 18.05.23.

77 Ibid., p. 60-62.

78 JESUS, Maria Gorete Marque. “O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. USP, 2016, p. 191.

o próprio policial, onde raramente é questionado pelos operadores do direito as suas declarações, como se existisse uma verdade policial⁷⁹.

O valor probatório do réu é limitado, uma vez que o policial é visto como agente do Estado que está cumprindo devidamente a sua função de “garantidor da ordem pública”, ao passo que o testemunho do acusado é visto com ressalva sob a justificativa de ser parte interessada na ação⁸⁰.

Assim, para ser afastada a versão apresentada, os julgadores entendem que seria necessário que houvesse a comprovação que o policial é parcial ou que tivesse algum interesse pessoal na condenação do indivíduo, contudo, partir da ideia de que o testemunho policial é uma verdade absoluta, transfere para o réu o ônus da prova de provar a sua inocência⁸¹.

Portanto, o que se nota é que o próprio delito de tráfico de drogas que está sendo julgado e não as partes envolvidas⁸², no Brasil, a “guerra às drogas” funciona como o principal motivo para criminalização da pobreza, através do discurso de lei e ordem que atribui ao traficante todas demais práticas ilícitas sob a justificativa que praticado para assegurar a disseminação do tráfico de drogas⁸³, o pânico moral em relação ao delito de tráfico de drogas é tanto que garantias constitucionais são diariamente violadas em prol de um discurso de combate a criminalidade e busca ao inimigo.

Assim, o Poder Judiciário, nos delitos de tráfico de drogas, relativiza princípios, garantias, ignorando violações e, até mesmo, denúncias de abuso de autoridade, tudo em prol do “combate às drogas”⁸⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do contexto apresentado na presente pesquisa, e de outras mencionadas no decorrer do artigo, permite-se concluir que a inviolabilidade do domicílio, a partir dos fundamentos para justificar a entrada na casa, em determinados espaços territoriais, não é entendida como a exceção, mas sim a regra.

79 Ibid. p. 193-197.

80 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito). USP, 2019, p. 326-328.

81 CALDAS, Fernanda Furtado. PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A Presunção De Veracidade Dos Testemunhos Prestados Por Policiais: Inversão Do Ônus Da Prova E Violação Ao Princípio Da Presunção Da Inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 166/2020 | p. 85 - 127 | Abr / 202, p. 19-21.

82 SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito). USP, 2019, p. 374-375.

83 ZACCONE, O. **Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas**. Discursos Sediciosos. Editora Revam. Rio de Janeiro, 2009, n.14, pp. 181-193.

84 VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 419.

O conceito de crime permanente, sobretudo nos delitos que envolvem o tráfico de drogas, é das mais problemáticas, na medida em que o tema se posiciona entre a legalidade ou a ilegalidade do flagrante realizado e, posteriormente, da apreensão da droga na casa, isso porque o controle da legalidade da ação dos agentes públicos é feito de forma posterior pelo juiz na audiência de custódia e, se não reconhecida a nulidade da prova, é realizado pelo magistrado responsável pelo processo.

Nesses casos, não basta justificar a legalidade do flagrante a partir da apreensão da droga no domicílio em razão do tráfico de entorpecentes se tratar de um delito permanente, pois a questão é quanto a existência de violação ou não ao direito fundamental previsto no art. 5º, XI, da CF, ou seja, se existiam fundamentos válidos (fundadas razões) para que o ingresso na residência se torne válido. Em síntese, trata-se de analisar se a mera suspeita da existência de um crime ou o simples consentimento do morador é válido para restrição a uma garantia constitucional?

Dessa forma, a fim de responder os questionamentos iniciais, verificou-se que a maioria das apreensões realizadas nas residências eram seguidas de uma situação de flagrante delito em via pública e que as motivações para a abordagem seguem um padrão, justificam-se com base em “atitudes suspeitas”, suposta “fuga”, confissão informal.

Ocorre que essas motivações são amplamente aceitas pelo TJRS, há um entendimento predominante que a apreensão posterior torna o ingresso válido por se tratar de crime permanente, que a confissão informal do crime e, posterior, consentimento são válidos e que o testemunho policial possui grande relevância por ter “fé pública”, não havendo motivos para mentir. Além disso, na maioria dos acórdãos, julgados das Cortes Superiores são ignorados.

Entretanto, o poder demasiado atribuído para o testemunho policial tem consequências, o Ministério Público que deveria atuar como fiscal da lei, reproduz as narrativas policiais como argumentos jurídicos para tornar a prova válida, do mesmo modo age os julgadores, na medida em que tornam os depoimentos policiais coerentes através de termos jurídicos a fim de não reconhecer a ilicitude da prova, ambos se mostrando tolerantes a determinadas violações de garantias constitucionais contra um grupo que é socialmente vulnerável, pois basta analisar os primeiros motivos que originaram a apreensão da droga: patrulhamento de rotina (ostensivo) e denúncia anônima e os bairros alvo dessas denúncias. Afinal, onde que esse patrulhamento ostensivo é realizado?

Portanto, a crença que o policial estaria sempre dizendo a verdade, esquece a lógica de extermínio da “guerra às drogas”, isto é, há uma política criminal que tem o “traficante” como inimigo e que valoriza o agente estatal que está “combatendo a criminalidade” o que se torna um incentivo político para a realização de prisões.

A confissão informal e o “consentimento do morador” é aceito como algo livre e voluntário, reconhecido como um consentimento ausente de qualquer vício. Dessa forma, os operadores do direito esquecem que, durante o inquérito policial, sobretudo no primeiro contato do indivíduo com a polícia, não estão presentes os princípios do contraditório e da ampla defesa e, pelo fato do réu ser a parte mais vulnerável e por haver uma coação inerente ao ato, não há que se falar em consentimento lícito no âmbito do direito penal.

Na lógica de combate às drogas, a qual é polarizada, conceitos jurídicos são relativizados, violências e violação de garantias constitucionais são toleradas e ignoradas pelos operadores do direito, a prisão e apreensão de drogas se tornam justificativas válidas para tornar uma prova lícita e o controle realizado pelo Poder Judiciário é superficial, tudo isso em prol de um combate às drogas que tem como aliado o Poder Judiciário que legitima violações e abusos.

Apesar dos recentes julgados dos Superiores Tribunais caminharem para uma situação diversa, estabelecendo requisitos para o ingresso no domicílio, verifica-se resistência no cumprimento dessas determinações no âmbito estadual, há julgadores que, em seus votos, reconhecem a palavra do policial como a principal e mais relevante prova do processo.

Esses requisitos objetivos, conforme orientado pelo STJ, ajudariam a coibir ilegalidades, e o julgador poderia fiscalizar as ações policiais com base em outros elementos que não seja a própria declaração do agente público,

Ademais, entende-se que a investigação criminal no Brasil é precária, limitando-se no patrulhamento de rotina da polícia que busca prender um tipo de perfil de pessoas em determinadas regiões, ou seja, para além de uma discussão jurídica quanto aos requisitos para o ingresso, é necessária uma mudança na forma como a política criminal de drogas é enfrentada no Brasil, a qual contamina, mesmo que indiretamente, o julgador no momento das decisões.

Assim, a partir dos julgados analisados, a garantia de que a casa é considerada asilo inviolável é mera orientação constitucional, pois, nesse sistema, a polícia funciona com “autorização” do Poder Judiciário Estadual, visto que basta uma “atitude suspeita” para ingressar no domicílio e violar um direito fundamental que é protegido pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARATTA, Alexandre. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p: 161-164.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOITEUX, Leticia. et al. **Série Pensando o Direito: Tráfico, Drogas e Constituição**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991**. DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 14 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**, Brasília, Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 14 abr. 2023

BRASIL, **Lei n. 6368, de 21 de outubro de 1976**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htmimprensa.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** [Constituição (1988)]. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus 616.584 – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06042021-Turmas-penais-unificam-orientacao-sobre-prova-de-autorizacao-do-morador-para-a-entrada-da-policia.aspx>, Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Habeas Corpus 811.052 – São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 04 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-23/fuga-ver-policiais-nao-justifica-invasao-domicilio-reitera-stj>. Acesso em 25 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 598.051 – São Paulo. Informativo 687. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 08 de março de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018034> . Acesso em 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus 435.934 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/stj-considera-ilegal-busca-apreensao-coletiva-rio>. Acesso em 15 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Relator: Min. Edson Faccin, em curso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em 19 abr. 23.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.342.077 – São Paulo. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 02 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moraes-derruba-ordem-stj-obrigou.pdf>. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616/RO – Rondônia. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 09.05.16. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3774503>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CALDAS, Fernanda Furtado. PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. A Presunção De Veracidade Dos Testemunhos Prestados Por Policiais: Inversão Do Ônus Da Prova E Violação Ao Princípio Da Presunção Da Inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 166/2020 | p. 85 - 127 | Abr / 202,

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Dissertação (Doutorado) – curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CARLOS, Juliana. **Política de drogas e encarceramento em São Paulo**, set. 2015. International Drug policy Consortium. p. 07-12. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1873066/mod_resource/content/0/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015_PORTUGUESE.pdf . Acesso em: 16 abr. 2023.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira**: a decisiva contribuição do poder judiciário. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez.

_____. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

CYPRESTE, Artur Dalla, MOLINA, Bernardo Berbet. A Política Nacional de Drogas e a Prática Judicial: Apontamentos etnográficos, p. 233-257. LABATE, Beatriz Caiuby,

POLICARPO, Frederico, GOULART, Sandra Lúcia, ROSA, Pablo Ornelas (orgs.). **Drogas, políticas públicas e consumidores**. Mercado de Letras, São Paulo: Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (NEIP), 2016.

DADOS DO LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS **INFOPEN** - janeiro e junho de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 17 abr. 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. “Relatório Final. Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Rio de Janeiro, 2018. p 34-38. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatorio_Pesquisa_Lei_Drogas.pdf. Acesso em 18 ma. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. ANUÁRIO BRASILEIRO, ed. 2022. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>. Acesso em: 17 abr. 2023.

JESUS, Maria Gorete Marque. “**O que está no mundo não está nos autos**”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. USP, 2016.

JESUS, Maria Gorete Marques, HILDEBRANDO, Amanda, ROCHA, Thiago Tadeu, LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 240-241. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 15 mai. 2023.

LOPES Jr., Aury. MORAIS, Alexandre da Rosa. **Não existe flagrante intuitivo**: é preciso evidência. Conjur, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/limite-penal-nao-existe-flagrante-intuitivo-preciso-evidencia#_ftn6 . Acesso em 21 abr. 23.

MORAIS, Alexandre da Rosa. **O mantra do crime permanente entoado para legitimar ilegalidades nos flagrantes criminais**. Conjur, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-01/limite-penal-mantra-crime-permanente-entoado-legitimar-ilegalidades-flagrantes>. Acesso em 18 mar. 2023.

PINTO, Nalayne Mendonça, OBERLING, Alessandra Fontana. Liberação ou proibição? Discursos e a representações acerca da política de drogas nos projetos de lei no congresso nacional (2010-2014). p. 205-232. LABATE, Beatriz Caiuby, POLICARPO, Frederico, GOULART, Sandra Lúcia, ROSA, Pablo Ornelas (orgs.). **Drogas, políticas públicas e consumidores**. Mercado de Letras, São Paulo: Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (NEIP), 2016.

REDES DA MARÉ. **Boletim Direito à Segurança Pública na Maré**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://www.redesdamare.org.br/media/downloads/arquivos/RdM_Boletim_direito_SegPubli23.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/legislacao/justica-estadual/>. Acesso em 11 mar. 23.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50732961020208210001. Apelado: Segredo de Justiça. Apelante: Ministério Público. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz De Souza. Porto Alegre, 27.07.22. Disponível em: <https://www.tjrs>.

jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 10 mai. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50009282120168210008. Apelado: Ministério Público. Apelante: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Manuel Jose Martinez Lucas. Porto Alegre, 27.10.22. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 06 mai. 23.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50531894220208210001. Apelado: Ministério Público. Apelante: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Honório Goncalves Da Silva Neto. Porto Alegre, 29.09.22. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 06 mai. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50011668520178210014. Apelado: Segredo de Justiça. Apelante: Ministério Público. Relator: Desembargadora Gisele Anne Vieira De Azambuja. Porto Alegre, 23.05.22. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 08 mai. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 50199801920208210022. Apelado: Segredo de Justiça. Apelante: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Luciano Andre Losekan. Porto Alegre, 19.05.22. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 04 abr. 2023.

ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a governabilidade neoliberal**: uma genealogia da redução de danos. Florianópolis: Insular, 2014.

ROSA, Pablo Ornelas; RIBEIRO JUNIOR, Humberto; LEMOS, Clécio. Encarceramento em massa e criminalização da pobreza: ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas. In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). **10 anos da Lei de Drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito). USP, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

WEBER, Jéssica Rebeca. **Venda de imóveis**: veja o mapa com os bairros mais caros e os mais baratos de Porto Alegre. Gaúcha ZH, Porto Alegre. Disponível: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2022/05/venda-de-imoveis-veja-o-mapa-com-os-bairros-mais-caros-e-os-mais-baratos-de-porto-alegre-cl3alker0003k019i4m1dk0au.html>. Acesso em 10 mai. 2023.

ZACCONE, O. **Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas**. Discursos Sediciosos. Editora Revam. Rio de Janeiro, 2009, n.14, pp. 181-193.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro, Revam, 5ª ed., 2001. p. 245-246.

ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. **Seletividade Racial Na Política Criminal De Drogas**: Perspectiva Criminológica Do Racismo. (Tese de Doutorado) PUCRS, Porto Alegre, 2017.

PENAS DE CURTA DURAÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOB O PONTO DE VISTA DO SÍMBOLO E DA LINGUAGEM

GUILHERME ROCHA MUNIN¹

ITAMAR PRUDÊNCIO²

ALEXIS COUTO DE BRITO³

1. INTRODUÇÃO

Em 30 de maio de 2021, ainda durante o contexto de um período crítico da pandemia do Coronavírus, foi preso no Egito um médico brasileiro conhecido nas redes sociais por defender o tratamento precoce contra a Covid-19. O motivo da prisão, contudo, foi uma publicação de outra natureza em seu perfil do *Instagram*, na qual se dirigia em português a uma vendedora muçulmana. Na oportunidade, aproveitando-se que a vítima não entendia o idioma, o médico passou a fazer colocações jocosas de cunho sexual à mulher egípcia, de modo profundamente desrespeitoso⁴.

A publicação gerou uma grande quantidade de reações indignadas nas redes sociais, juntamente com um clamor por punição. Foram alertadas as autoridades egípcias acerca do ocorrido e a Justiça do país determinou a prisão do brasileiro, por seis dias, antes da conclusão de qualquer procedimento investigatório.

-
- 1 Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP) – Matrícula nº 72201622. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Membro integrante do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD). Consultor Legislativo na Câmara Municipal de Guarulhos. Advogado
 - 2 Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Membro integrante do grupo de estudos Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD). Advogado
 - 3 Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo - USP. É pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal) e pela Universidad de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-graduado em Direito pela Universidade Castilla-La Mancha de Toledo (Espanha). Foi pesquisador convidado do Instituto de Filosofia do Direito da Universidade de Munique (Alemanha). É professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Graduação, Pós-Graduação) e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado). Chefe do Núcleo de Processo penal da Faculdade de direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador Líder do grupo de Pesquisas Cnpq Modernas Tendências da Teoria do Delito (MTTD). Faz parte do Conselho Editorial da Revista Opinião Jurídica (Colômbia), Revista Penal (Espanha), dentre outras. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: dogmática penal, direito penal econômico, política criminal e cidadania e execução penal. Obras mais importantes: Direito Penal - Parte Geral (em coautoria) pela Editora Tirant lo Blanch; Execução Penal, pela editora Saraiva; Processo Penal Brasileiro (em coautoria) e Imputação Objetiva. Crimes de Perigo e Direito Penal Brasileiro pela editora Atlas; Direito Penal - Aspectos Jurídicos controversos, pela editora Quartier Latin.
 - 4 Foram publicadas diversas reportagens sobre o evento nos veículos de imprensa do Brasil. A título de exemplo, as seguintes se encontram disponíveis nos portais da *Isto É*, do *Yahoo* e da *Carta Capital*: <<https://www.istoedinheiro.com.br/medico-detido-no-egito-volta-ao-brasil-pede-desculpas-e-critica-reacao-das-redes/>>; <<https://br.noticias.yahoo.com/medico-bolsonarista-presno-no-egito-por-asedio-sexual-pede-desculpas-e-uma-brincadeira-brasileira-164232141.html>>; <<https://www.cartacapital.com.br/cartapexpressa/medico-bolsonarista-e-presno-no-egito-por-asediar-vendedora-muculmana/>>.

O caso relatado e a imediata punição do médico retomaram uma questão já debatida por diversas vezes no cenário jurídico brasileiro, qual seja, a da aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração, anteriores à condução do processo penal. Note-se que não se trata de discutir as prisões processuais que já estão disciplinadas no ordenamento jurídico pátrio, como a prisão em flagrante, a preventiva ou a temporária, mas a própria aplicação imediata de penas curtas de reclusão ou detenção, sem a substituição por penas restritivas de direito.

À primeira vista, a proposta parece atender a um sentimento geral de justiça, em rechaço a uma possível impunidade diante da morosidade das investigações e da fase processual penal. Ocorre que, diante de fatos que geram demasiada repercussão midiática, há um elevado risco de surgirem propostas penais de emergência que, em uma análise mais aprofundada, revelam-se nada mais que artifícios de linguagem ou meramente simbólicos, sem uma proteção efetiva ao bem jurídico que se pretende tutelar.

Nesse sentido, há diversos enfoques pelos quais é possível abordar o tema em questão, seja pelo prisma da Dogmática Penal, do Direito Processual Penal, ou da Criminologia. O presente artigo pretende priorizar o olhar criminológico para a abordagem do tema, objetivando-se explorar as razões pelas quais é relevante se estudar a simbologia e a linguagem que estaria por detrás desse tipo de proposta.

Para tanto, os autores deste artigo desenvolveram uma pesquisa de caráter qualitativo⁵. Adotando uma metodologia bibliográfica e indutiva, buscou-se compreender inicialmente até que ponto há influência da simbologia e da linguagem na construção das propostas penais e processuais penais, para então analisar tais características especificamente na proposta das penas de curta duração.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA DAS PENAS DE CURTA DURAÇÃO

Quanto à expressão “pena de curta duração”, esclarece-se que, até o presente momento, não existe para ela definição conceitual consolidada. Trata-se de ideia controversa, tanto porque não possui correspondente na legislação pátria, quanto porque não encontra consenso internacionalmente.

De acordo com o relatório⁶ geral do segundo Congresso das Nações Unidas para a prevenção de crime e tratamento de infratores “a definição de pena curta,

5 MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110.

6 Nações Unidas. *Second United Nations Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders*. Short-term Imprisonment. Londres. 20 de ago. de 1960. Disponível em < <https://www.unodc.org/documents/congress/Pre->

de acordo com sua máxima duração, raramente é fornecida pela lei”. O Código Penal indiano estabelece a duração máxima de seis meses de cumprimento de pena, para os casos de delitos menos graves. Israel, por exemplo, segue a lógica indiana e prevê, como regra geral, apenas a pena máxima aplicada à prática de determinados delitos. Segundo o relatório, ainda, uma típica penalidade de curta duração é a detenção prevista no Código Penal alemão, que estabelece uma duração máxima de seis semanas, ou em casos excepcionais a duração de três meses.

Analisando a prática processual egípcia⁷, em específico, revela-se uma prática cíclica de prisões arbitrárias, por meio da utilização das penas de curta duração. O órgão de acusação pode ordenar a detenção do suspeito por até quatro dias, podendo esse período ser estendido para fins de investigação, sem a obrigatoriedade de que os resultados dessa investigação sejam divulgados.

Sopesando a realidade da Inglaterra e do País de Gales, embora essa possua um diferente contexto, já que se trata de prisão de curta duração no âmbito da garantia de um devido processo legal, as críticas não deixam de existir. O “White Paper”⁸ do governo em matéria de fixação de pena concluiu que as penas de curta duração oferecem apenas um alívio temporário pelo comportamento ofensivo, e na melhor das hipóteses fornecem uma proteção pública limitada, já que grande parte dos infratores continuam praticando violações após a liberação.⁹

Na doutrina, também não existe um consenso sobre o que seriam as penas de curta duração. Enquanto parte dos autores entendem ser as penas privativas de liberdade não excedentes a três meses, outra parte considera o limite de seis meses para tal classificação¹⁰.

No entanto, para o fim do presente artigo, é possível considerar que a proposta da aplicação das penas privativas de liberdade de curta duração consiste em se ordenar o cumprimento imediato das penas de reclusão ou detenção, arbitradas em uma quantidade reduzida de dias, antes mesmo de se encerrar a fase processual e sem a substituição por penas restritivas de direito, com o intuito de se satisfazer a reprovação social em relação à conduta do agente e proporcionar uma punição célere.

vious_Congresses/2nd_Congress_1960/015_ACONF.17.5_Short-Term_Imprisonment.pdf >. Acesso em: 01 de dez. de 2022.

7 Não para tomá-la como parâmetro de comparação ou exemplo a ser rechaçado ou seguido, mas para se extrair, dos contornos fáticos, a lógica contida nessa espécie de prisão pré-processual.

8 Documento elaborado pelo Ministério da Justiça inglês no mês de setembro do ano de 2020. Trata-se de documento oficial que serve como informe ou guia sobre determinado problema e como enfrentá-lo.

9 Ministério da Justiça. Policy paper. A Smart Approach to sentencing. 16 de set. de 2020. Disponível em < www.gov.uk/official-documents>. Acesso em: 02 de set. de 2022.

10 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. *Revista Meritum* – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 85.

À primeira vista, é possível considerar que a valorização desse tipo de pena segue uma tendência de prestígio a penas privativas de liberdade mais curtas, mais racionais e humanas, tanto em razão de uma desconfiança geral no modelo punitivo dominante, quanto em respeito ao princípio da humanização das penas¹¹, previsto no art. 5º, incisos XLVII, XLIX e L da Constituição da República¹².

Essa tendência se intensificou, principalmente após as décadas de 1970 e 1980, quando passou a ser cada vez mais questionada a eficácia reeducativa da execução penal. Até então, as penas privativas de liberdade de curta duração estiveram desacreditadas de modo geral, pois seriam demasiadamente breves e incapazes de possibilitar uma influência ressocializadora¹³.

Todavia, ainda que prevaleça o ceticismo quanto a um possível caráter ressocializador da pena, as penas de curta duração somente seriam efetivas se houvesse uma reforma no Código Penal que aumentasse os prazos prescricionais existentes, pois prazos prescricionais curtos são fatores impeditivos da implementação de uma política criminal de redução da duração de penas privativas de liberdade¹⁴.

Somam-se a esses problemas outros relacionados às mazelas de todas as penas de prisão, de qualquer duração, como os custos econômicos elevados dessa forma de execução penal, o estigma social produzido pelo encarceramento e o fato de as penas inserirem o criminoso ocasional em um ambiente corruptor, em contato com criminosos habituais¹⁵.

Diante desse cenário, ainda que as penas curtas gerem uma quantidade menor de sofrimento e um menor estigma em comparação às de longa duração, causando menos lesões psicológicas e sociais ao indivíduo a elas submetido¹⁶, o movimento político-criminal passou a priorizar a substituição das penas privativas de liberdade por medidas alternativas¹⁷ não prisionais.

11 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 113.

12 “Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;”

13 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 86.

14 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 114.

15 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 86-87.

16 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 102.

17 RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007. p. 87.

Em realidade, é possível entender que as mazelas identificadas nas penas privativas de liberdade são intrínsecas a esse tipo de modalidade de sanção, seja qual for a duração. Ocorre que, quanto mais longas as penas forem, com mais intensidade esses problemas vão se manifestar. Considera-se, portanto, que qualquer análise acerca da legitimidade simbólica desse tipo de pena deve, necessariamente, passar pela abordagem não só das penas privativas de liberdade de curta ou longa duração, mas do próprio papel do Direito Penal.

3. SÍMBOLO E DIREITO PENAL

3.1. *BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SÍMBOLO*

A fim de relacionar o tema das penas de curta duração com o direito penal simbólico e a linguagem, cumpre inicialmente discorrer de forma sucinta sobre o conceito de símbolo, bem como sua importância para o entendimento da proposta e suas implicações.

A respeito do tema do símbolo, é inescapável a definição de Carl Gustav Jung, segundo a qual o que chamamos de símbolo é “um termo, um nome ou mesmo uma imagem que nos pode ser familiar na vida cotidiana, embora possua conotações especiais além do seu significado evidente e convencional”, havendo também uma faceta vaga, desconhecida ou oculta. Ao utilizar a palavra escrita ou falada para expressar o que deseja comunicar, o ser humano faz uso de uma linguagem repleta de símbolos e de sinais ou imagens não estritamente descritivos¹⁸.

É inegável, portanto, que a sociedade esteja envolta em uma realidade de linguagem e símbolos. Nesse sentido, uma vez que as instituições como o ordenamento jurídico são nada mais que sistemas de palavras e significados, pode-se dizer que estas são sobretudo sistemas simbólicos que sustentam a estrutura social.

Para Pierre Bourdieu, os sistemas simbólicos são instrumentos de conhecimento e comunicação estruturados e exercem um poder simbólico de construção da realidade. Esse poder tende a estabelecer uma ordem gnoseológica que visa atribuir sentido imediato ao mundo social e firmar o pressuposto que Durkheim chama de “conformismo lógico”, ou seja, “uma concepção homogênea do tem-

18 JUNG, Carl G. [et.al] **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 3. ed. especial. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016. p. 18. Sua definição vai além, afirmando que “Assim, uma palavra ou imagem é simbólica quando implica alguma coisa além do seu significado manifesto ou imediato. Esta palavra ou esta imagem tem um aspecto ‘inconsciente’ mais amplo, que nunca é precisamente definido ou inteiramente explicado. E nem podemos ter esperanças de defini-lo ou explicá-lo. Quando a mente explora um símbolo, é conduzida a ideias que estão fora do alcance da nossa razão. (...) Por existirem inúmeras coisas fora do alcance da compreensão humana é que frequentemente utilizamos termos simbólicos como representação de conceitos que não podemos definir ou compreender integralmente. Esta é uma das razões por que todas as religiões empregam uma linguagem simbólica e se exprimem através de imagens”. (JUNG, Carl G. Op. cit. p. 19).

po, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências”¹⁹.

Nesse contexto, a semiótica se desenvolveu como a ciência ou teoria geral que visa estudar os signos, entendidos como “algo que representa um objeto; que designa uma unidade concreta ou abstrata, real ou imaginária”²⁰. No âmbito do Direito, desenvolveu-se a semiótica jurídica, com o intuito de reduzir a margem de manipulação da linguagem ao fornecer subsídios ao operador do Direito, a partir de métodos próprios e específicos, para a análise dos enunciados normativos e os fatos jurídicos em questão²¹.

Para a semiótica jurídica, como não se pode olvidar que o Direito é linguagem e a linguagem se vale de signos, é preciso compreender tais signos empregados nos enunciados e discursos jurídicos (em seus níveis sintático, semântico e pragmático) para se atingir uma coerência na decisão jurídica a ser empreendida²².

Ocorre que o poder dos símbolos na estrutura social não reside nos sistemas simbólicos em si, mas se define por meio de uma relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos²³. É a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia que sustenta o poder das palavras de ordem, bem como o poder de manter a ordem ou de a subverter. Dito de outra maneira, o poder simbólico é uma forma transformada, transfigurada e legitimada das outras formas de poder²⁴.

3.2. CARÁTER SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL

Tendo-se em vista que os atos comunicativos são usualmente dotados de carga simbólica²⁵, também o Direito Penal tem um caráter simbólico por excelência. Sendo esse um instrumento de proteção, em *ultima ratio*, de bens jurídicos, sua função simbólica seria transmitir à sociedade a mensagem de que os bens

19 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 9.

20 VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. p. 116.

21 VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. p. 118-120.

22 VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. p. 120.

23 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 14-15.

24 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 15.

25 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 13.

em destaque são valiosos e, em caso de eventual mácula a estes, o Estado terá de punir os infratores com as sanções mais severas de seu ordenamento.

Assim, a manipulação dos símbolos no âmbito do Direito Penal ocorre como forma de conferir legitimidade às ações das autoridades perante a sociedade, sobretudo dos legisladores. Sendo o componente simbólico inerente às normas sancionadoras, não é possível conceber um Direito Penal independente do símbolo, mas sim livre de uma utilização inadequada e deturpada em relação aos seus propósitos²⁶.

A respeito disso, Claus Roxin considera que os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal, qual seja, a de “garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens”, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas sociopolíticas menos gravosas²⁷.

Levando-se em conta que o poder dos sistemas simbólicos reside na relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, o simbolismo dentro do Direito Penal é um instrumento que “permite a comunicação entre o detentor do poder punitivo (ou seja, o Estado por meio de seus representantes) e o corpo social”²⁸. Desse modo, a crença na legitimidade desse sistema confere poder ao Direito Penal.

Em outras palavras, a crença na concepção democrática de um Direito Penal que existe para garantir a convivência social pacífica e harmônica entre os indivíduos e proteger os bens jurídicos importantes e necessários aos cidadãos (como a vida, integridade física, propriedade e liberdade)²⁹, confere a legitimidade necessária a esse sistema simbólico³⁰.

Além disso, não se pode olvidar que o caráter simbólico do Direito Penal está presente durante todo o processo de construção dos tipos penais. Isso porque a descrição da conduta e da sanção a esta imputada não são suficientes para

26 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 13.

27 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32.

28 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 12.

29 VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 25.

30 Em outras palavras, “O primordial desiderato do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, por meio da proteção dos seus bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, o meio ambiente hígido, a ordem econômica e financeira, as relações de trabalho, a seguridade social, enfim, tudo quanto possa satisfazer uma necessidade individual ou coletiva. Esses valores da vida individual e coletiva, representativos da consciência comum social, são erigidos à categoria de bem jurídico valioso, passando a merecer a proteção do Direito Penal, meio interventivo estatal qualificado como o mais severo dos que podem afetar aos particulares” (VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. p. 26).

indicar automaticamente a proibição. No entanto, a partir de uma interpretação simbólica das normas incriminadoras, conclui-se que há um mandamento proibitivo implícito aos tipos penais. Esse acesso simbólico à proibição intrínseca é justamente o que vai permitir a interpretação e a manipulação do significado implícito ao tipo penal³¹.

Não só a tipificação está associada a uma construção simbólica, mas o próprio uso da prisão e da privação do tempo como punição no cárcere revela o caráter simbólico do Direito Penal na consciência coletiva de uma sociedade contemporânea.

Ademais, o próprio local do cárcere está sempre associado ao tempo. A percepção de tempo no cárcere é sentida de modo diferente, carregando uma “imobilidade” característica da própria prisão³². O tempo vivido e sentido dentro do ambiente carcerário não passa de maneira progressiva, mas há uma sensação de regressão e improdutividade. Soma-se a isso o fato de se tratar de um período em que o indivíduo vive afastado da sociedade e inserido em um ambiente criminógeno, em contato direto com facções e organizações criminosas. Trata-se, portanto, de um método ineficiente para afastar o apenado da possibilidade de cometer novos crimes³³.

Em que pese essa seja a realidade carcerária, a exploração do tempo como pena veio a substituir simbolicamente as penas corporais que vigoraram durante todo um período de ostentação do suplício, o qual marcou o Absolutismo. A partir do desenvolvimento do capitalismo, o símbolo do bem a ser explorado como objeto de pena passou do sofrimento corporal e físico para a dominação sobre o tempo do apenado. Isso porque, na ascensão do capitalismo, o tempo passou a ser enxergado como um bem, de forma a se expressar publicamente e universalmente, sendo algo que, como o dinheiro, não deve ser desperdiçado³⁴.

No entanto, é preciso distinguir o caráter simbólico intrínseco ao Direito Penal, sobre o qual se discorreu até aqui, do que passou a ser conhecido como “Direito Penal simbólico”.³⁵ Cumpre, portanto, aprofundar mais sobre a deturpação do simbolismo intrínseco ao Direito Penal.

31 FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p. 76.

32 JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. O tempo como medida da pena: uma análise da crítica ao punitivismo a partir das alternativas ao encarceramento. **Revista Húmus**, vol. 11, nº 34, 2021. Disponível em: <<https://periodicosletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/16880>>. Acesso em: 26 set 2022. p. 127.

33 JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. op. cit. p. 128.

34 JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. op. cit. p. 129.

35 A respeito desse termo, Roxin explica e o repudia: “Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais ‘que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através

4. A DETURPAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Analisou-se, até aqui, o papel simbólico inerente ao Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, sendo concebido para a tese majoritária da doutrina penalista como o último recurso com o qual conta o Estado para proteger estes interesses fundamentais³⁶. Isso é, o poder incriminador do Estado só se legitima se constituir meio necessário para a proteção dos bens jurídicos mais importantes, quando fracassarem as demais formas protetoras previstas em outros ramos do direito³⁷.

Nesse sentido, é preciso definir inicialmente quais são os fins da pena para se descobrir se a pena que se pretende impor é legítima e socialmente útil, pois “conhecer por que e para que se castiga consiste em definir o eixo sobre o qual deve girar todo o sistema penal em um moderno Estado de Direito”³⁸. Ocorre que, em relação a esse tema, há diferentes teorias que visam trazer uma definição acerca das finalidades da pena.

Para as teorias absolutas ou retributivas, as quais não são compatíveis com um Estado Democrático de Direito, a pena não teria um fim socialmente útil, mas visam tão somente à retribuição de um mal com outro mal necessário³⁹. Já na visão das teorias relativas, utilitaristas, preventivas ou de finalidade, as penas não se fundamentam na pura retribuição, mas teriam um objetivo prático de impedir o cometimento de delitos no futuro⁴⁰.

Dentro da concepção utilitarista da pena, encontra-se a teoria da prevenção geral negativa, que concebe a pena como um exemplo de intimidação a ser dado a toda a comunidade, mediante a ameaça concreta de sua imposição em caso de prática de delitos⁴¹. Já para os adeptos da prevenção geral positiva, a pena existe para reafirmar a consciência social da norma⁴².

Por sua vez, a prevenção especial negativa busca evitar que aquele que delinuiu volte a fazê-lo, inocuizando ou neutralizando o indivíduo incorrigível ou

da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”. (ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47).

36 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NUÑES PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 74-75.

37 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral I**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 13.

38 MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro: em busca de novas alternativas**. 2014. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014. p. 34.

39 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 34-35.

40 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 38.

41 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 40.

42 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 44.

intimidando aquele que pode ser intimidado⁴³. Já a prevenção especial positiva tem como principal objetivo a reintegração ou reinserção social do criminoso⁴⁴. Vale mencionar, por fim, as teorias mistas ou ecléticas, as quais pretendem unir os fins retributivos e preventivos, partindo do pressuposto de que “a pena é essencialmente retributiva e que, posteriormente, lhe outorgam fins preventivos”⁴⁵.

Todavia, quando se fala das teorias da pena, geralmente se está na seara das funções manifestas do Direito Penal, as quais podem não coincidir por completo com as funções latentes ou reais que se concretizam na sociedade⁴⁶. Assim, enquanto o fim manifesto da pena corresponde à prevenção de delitos, sendo esse o simbolismo legitimador do sistema penal, sua função latente pode ser apenas e tão somente a de um “direito penal simbólico”, sem a imprescindibilidade necessária da intervenção para se proteger bens jurídicos⁴⁷.

Nota-se que atualmente os discursos de diversos espectros políticos tendem a defender uma inversão da lógica da imprescindibilidade, ainda que indiretamente, sendo o direito penal defendido como *prima ratio* para o gerenciamento de riscos e a proteção de bens e direitos. Há uma nova tendência político-criminal expansiva que destaca a falta de segurança para os bens jurídicos como causa justificadora de uma maior presença e eficácia do sistema punitivo. A respeito dessa expansão, Silva Sánchez destaca que o Direito Penal tende a se apresentar como uma aparente solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico o que deveria se resolver no nível de uma proteção efetiva⁴⁸.

No entanto, Winfried Hassemer alerta que esse sentido de uso simbólico do Direito Penal está menos preocupado com a proteção do bem jurídico e mais orientado a efeitos políticos mais amplos, como a satisfação de uma “necessidade de ação”. Trata-se, segundo o autor, de um fenômeno de crise da atual política criminal voltada às consequências, que converte o Direito Penal gradualmente em um instrumento político que serve às imagens de uma insegurança global e de uma sociedade de riscos, minando a confiança da população na Administração da Justiça⁴⁹.

Tal expansão da tutela penal está fadada a reproduzir e intensificar as mesmas mazelas características do poder punitivo estatal, como a seletividade que

43 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 49.

44 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 50.

45 MARTINS, Fernanda Rocha. op.cit., p. 51.

46 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. p. 88.

47 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 50.

48 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

49 HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. In: Vários Autores. Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 16.

tende a punir com maior intensidade e proporção as camadas mais vulneráveis da população, as quais também costumam ser as vítimas das violações que tal instrumento pretende combater.

A tipificação e persecução penal ainda é instrumento considerado imprescindível no contexto social hodierno. Ainda que se verifique um caráter precipuamente simbólico, a abordagem penal tem uma importância que não pode ser descartada: transmite-se à sociedade a mensagem de que os bens jurídicos em destaque são valiosos e, em caso de serem violados o Estado será chamado a valer-se de suas mais severas sanções contra quem o fez.

No entanto, a tutela penal exercida isoladamente não se mostra instrumento legítimo e eficaz para a promoção e proteção dos bens jurídicos. Isso porque corre-se o risco de se desenvolver apenas e tão somente o aparato penal das medidas necessárias para tanto, com vistas a transmitir tão somente uma resposta simbólica ao anseio punitivo social e dar cumprimento a eventuais mandados de criminalização previstos na Constituição e em Tratados Internacionais, evitando-se eventual responsabilização do Estado por proteção insuficiente.

Nesse caso, há uma priorização da faceta punitiva simbólica em detrimento de políticas públicas que atinjam a complexidade das causas das violações a bens e direitos. Quando deturpado, o uso do Direito Penal simbólico corre o risco de se tornar ineficaz e meramente legitimador de um discurso punitivo, incapaz de atingir um problema concreto em sua complexidade.

5. LINGUAGEM, DIREITO E PODER

5.1. MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM PARA A CRIAÇÃO DE FICÇÕES JURÍDICAS

Desde meados do século XIX⁵⁰, o enigma acerca da natureza da linguagem, e como ela se relaciona com a realidade, fez com que o assunto ganhasse importante destaque não apenas no campo da filosofia, como também em outras áreas do saber. No entanto, não desconsiderando os acontecimentos anteriores ou os alicerces sobre os quais a filosofia do chamado *segundo* Wittgenstein⁵¹ se funda-

50 É no desenrolar do século XIX que se começa a investigar a natureza da linguagem. No entanto, o interesse pela linguagem em si é consideravelmente mais antigo. Segundo a professora Maria Helena de Moura, embora não se possa falar de um registro de reflexão teórica desta época, desde Homero, na Grécia, a linguagem já era objeto de atenção, de modo que “ela já não é considerada uma força real, material, confundida com a força do corpo e da natureza, como ocorre nas sociedades ditas primitivas”. Com Platão, enfim surgem as primeiras ideias de estudo das proposições, fazendo da linguagem, finalmente, um objeto de estudo. (NEVES, Maria Helena de Moura. **A vertente grega da gramática tradicional: uma visão do pensamento grego sobre a linguagem**[online]. 2ª ed. rev. e at. São Paulo: Editora UNESP, 2005. p. 38-43).

51 O pensamento de Ludwig Wittgenstein passou a ser dividido em primeira e segunda fase, em razão de esse filósofo ter escrito duas grandes obras: o Tratado Lógico-filosófico e as Investigações Filosóficas. A primeira obra foi escrita no período da Primeira Guerra Mundial e publicada no ano de 1921. A segunda reuniu textos produzidos nas décadas de 1930 e 1940 e foi publicada em 1953, após seu falecimento. Ocorre que, ao contrário do que indicaria o sendo comum, a segunda obra não representa uma transformação ou continuidade da primeira, mas uma completa e incontornável ruptura de pensamento. Daí, por que, convencionou-se denomina-lo de *primeiro* e *segundo* Wittgenstein –ou a fazer menção a existência de

menta, é nessa filosofia, especificamente, que se fundamentará sobremaneira a discussão aqui proposta.

A partir da virada linguística⁵², a linguagem transcende a categoria de mero instrumento, é retirada do segundo plano de importância no qual se encontrava – já que o sentido decorreria precipuamente da essência das coisas – e alcança o status de fundamento do pensar. Opera-se a defesa da ideia de que seria inviável se debruçar sobre qualquer questão filosófica de maneira dissociada da linguagem. Agora, ela é a condição de possibilidade de conhecimento, de maneira que inexistente mundo que possa se traduzir fora da linguagem. Esta não mais é limitada pelo mundo, mas o mundo é por ela limitado⁵³.

Lenio Streck, a esse respeito, chega a afirmar que “a inversão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)⁵⁴.”

E, abandonando esse caráter solipsista de outrora, ressignifica-se a linguagem dentro de um contexto social, permitindo a compreensão do indivíduo no mundo. Agora as palavras não mais apresentam sentido próprio, mas um sentido que decorre de seu uso e varia conforme a cultura e o entendimento de seus interlocutores. Não por outra razão, Wittgenstein diz que “na práxis do uso da linguagem, um parceiro enuncia as palavras, o outro age de acordo com elas”⁵⁵; e mais, que “representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida”⁵⁶.

Daí a razão de se realizar esse introito, pois entendendo a sobrelevada importância da linguagem e visualizando-a, a partir de agora, no centro dos processos sociais, imune não estaria o Direito. Especialmente essa ciência que, na qualidade de objeto social, vale-se da realidade e se instrumentaliza por meio da linguagem. Perscrutar o Direito é, em última análise, falar de linguagem.

uma primeira e segunda fase –, haja vista suas observações acerca da linguagem terem se tornado diametralmente opostas, a ponto de fazer dele seu principal crítico. (NARVÁEZ MORA, Maribel. **Wittgenstein y la teoría del Derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 36-37).

52 A virada, ou giro linguístico, refere-se a um momento crucial da Filosofia ocidental, temporalmente situada no início do século XX, no qual a filosofia estreita seu laço de correspondência com a linguagem. A antropologia passa a concebê-la como um produto do ser humano. No campo da ética, estabelece-se a diferenciação entre sentenças declarativas e normativas. Nas epistemologias, a crítica da razão passa a ser uma crítica do sentido. A linguagem é, assim, elevada ao patamar de “interesse comum de todas as escolas e disciplinas filosóficas da atualidade” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015. p. 11).

53 Direta alusão – mas agora obviamente em sentido contrário –, à frase dita por Wittgenstein em sua primeira obra: “**Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo**”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968. p. 92-93.

54 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 253.

55 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. Barcelona: Ediciones Altaya, 1999. p. 10.

56 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. *op. cit.*, p. 13.

A linguagem sempre foi e continua sendo instrumento de manipulação⁵⁷. E não se pode olvidar que o Poder dominante de cada época usa dessa ferramenta – sobretudo de seu aspecto simbólico – para interpretar os símbolos consoante a mensagem que o convenha transmitir, seja com o intuito de dominar ou o de legitimar sua dominação.

É na expressão simbólica da linguagem que residem as ambiguidades, as imprecisões e as obscuridades, o que permite o surgimento de um seletivo grupo de indivíduos⁵⁸ autorizados a interpretar e extrair o sentido considerado correto dessas sutilezas. E essas interpretações são constantemente vigiadas, de modo a neutralizar aqueles que não são considerados aptos a interpretá-las⁵⁹ e a fazê-los crer que não conhecem e, portanto, devem obedecer⁶⁰.

Somado ao monopólio da interpretação, tem-se, ainda, o processo linguístico da linguagem jurídica que permite o distanciamento entre as normas e seus destinatários. As marcas sintáticas, como o predomínio da voz passiva e construções frasais impessoais, conferem ao legislador um tom universal, imparcial e objetivo. O emprego de verbos na terceira pessoa e de pronomes indefinidos conferem à retórica do enunciado normativo um caráter geral e atemporal, além de transparecer a existência de um consenso ético, o que afasta as possibilidades de interferências de caráter individual (interpretações pessoais por parte dos destinatários).⁶¹

E ainda que assim não fosse, caso as leis escritas estivessem despidas de sutilezas a serem interpretadas, provavelmente o grande distanciamento contido na relação norma-destinatário ainda subsistiria. Isso porque os últimos dados do Indicador de Analfabetismo Funcional (Inaf) mostraram que 8% da população

-
- 57 Yuval Noah Harari afirma que “a grande maioria das pessoas permaneceu iletrada até a era moderna, mas todos os administradores importantes tinham cada vez mais acesso à realidade por meio de textos escritos. [...] a linguagem escrita pode ter sido concebida como um meio poderoso de reformatar a realidade. Quando relatórios oficiais colidiram com a realidade objetiva, foi a realidade objetiva que teve de se render” (HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Trad. Paulo Geiger. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 171-174).
- 58 cf. SANTOS, Sousa Boaventura. Um discurso sobre as ciências. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006: Se outrora apenas os sacerdotes tinham o poder de interpretar as escrituras e extrair a verdade de seus símbolos, hoje a ciência interpreta fatos e evidências para deles extrair significados, refinar hipóteses e declarar quais são as verdades. O instrumento à disposição da burguesia, que visa à manutenção de seu poder, é o cientista.
- 59 Todorov, visando a explicar as razões para a existência de uma função simbólica da linguagem, escreve que: “podemos aqui distinguir três razões. A Primeira (que não é muito frequente nos textos de Agostinho) é que a expressão simbólica protege a palavra divina do contato com os ímpios; a obscuridade desempenha um papel selectivo, permitindo afastar e neutralizar os não iniciados. As outras duas razões, invocadas mais frequentemente, vão, em certos aspectos, em sentidos opostos” (TODOROV, Tzvetan. **Simbolismo e interpretação**. São Paulo: Edições 70, 1978. p. 112).
- 60 Nas palavras de Foucault: “Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduziu ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc. Esse novo saber não se organiza mais em torno das questões “isto foi feito? quem o fez?”; não se ordena em termos de presença ou ausência, de existência ou não existência. Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer” (FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. p.88).
- 61 cf. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 215-216.

brasileira é analfabeta e 22% estão em nível rudimentar de alfabetização. O que significa dizer que 30% da população é incapaz de realizar análises simples acerca de situações externas ao âmbito familiar e ao cotidiano: empréstimos públicos fraudulentos, inflação ou notícias falsas veiculadas em redes sociais.

Agora, considere uma realidade extremamente dinâmica, mutável e com um tecido social complexo. Propor uma resposta legislativa apta a resolver um problema que desse ambiente advenha certamente não é das tarefas mais simples. É preciso tempo, porquanto o processo formal de elaboração de uma lei é permeado de fases e votações; mas também é preciso esforço intelectual, debates e maturidade de ideia, já que é preciso justeza e sofisticação quanto a seu conteúdo material.

E é nesse âmbito – o do material – que ocorre a exacerbação do simbólico por meio da linguagem. Políticos, cujo anseio seja perpetuar a si e a seus pares no poder, captam o clamor público e midiático, apressam-se em redigir e aprovar um projeto que, em descompromisso com marcos civilizatórios e direitos fundamentais caríssimos, alarga o âmbito de interferência do Direito Penal e incrementam seu rigor a fim de responder, embora que de maneira simplista e perigosa, aos anseios de uma população alarmada e educacionalmente fragilizada⁶².

Sob o ponto de vista de Silva Sánchez⁶³, esse processo de abonar a flexibilização de garantias clássicas de um Estado de Direito se insere em um contexto em que há uma crescente dificuldade de orientação cognitiva. Diante disso, parece razoável a busca de elementos de orientação normativa, sobretudo no Direito Penal.

Daí, não sem razão, surge um terreno fértil para que palavras esvaziadas de significado⁶⁴ e dotadas de vagueza adentrem os textos das normas, permitindo uma repressão cada vez mais ampla e violenta por parte do aparato do Direito Penal, o que pode se tornar tanto mais pernicioso na proporção que seu destinatário desconhece ou é incapaz de alcançar os elementos de arbitrariedade contidos nas leis, impossibilitando-os de questionar ou frear as ficções jurídicas que os controlam.

5.2. USO DA LINGUAGEM NA CRIAÇÃO DE LEIS PENAIS SIMBÓLICAS

Sem a intenção de se distanciar do objeto de análise principal, mas apenas com o fito de fixar um pano de fundo e elucidar o que motivou esta análise, utiliza-se, a partir deste ponto, como referência temática – e por óbvio não como fundamento teórico –, o contexto narrado na obra “1984”, de autoria do escritor britânico George Orwell.

62 cf. FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014. p.55-57.

63 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. rev. ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p.41.

64 ou pelo menos esvaziadas de intenção que visem ao alcance de um Direito Penal menos repressivo e arbitrário.

O enredo do romance se situa na fictícia Oceânia, local marcado por uma guerra perene, vigilância governamental onipresente e sistemática manipulação pública, por meio da reescrita da história e manipulação da linguagem: cenário que se instaura com a chegada do partido IngSoc⁶⁵ ao poder, cuja regência se dá por meio da figura do Grande Irmão (Big Brother).

O principal personagem da obra é Winston Smith, um funcionário do Ministério da Verdade, cuja função é reescrever e alterar dados e documentos, conforme o interesse do Partido. Uma vez reescritos os fatos, qualquer cidadão que ousasse deles discordar, ou simplesmente pensar diferente, cometeria “crimideia”: uma espécie de criminalização do pensamento existente na sociedade do romance. O simples pensar diferente levaria o indivíduo a ser “vaporizado⁶⁶”. Desapareceria.

A implementação desse crime só é possível, no contexto da obra, em razão da criação da chamada *Novafala*⁶⁷: instrumento de controle totalitário cuja função não era aumentar ou alterar o significado das palavras, mas suprimi-las. Extirpar palavras, notadamente aquelas que poderiam pregar resistência ao Partido. A real intenção era a de que “a cada ano que se passa, menos e menos palavras, e a consciência com um alcance cada vez menor”⁶⁸.

Superando as conjunturas históricas, a obra de Orwell promove a reflexão sobre os excessos e o perigo da modificação da realidade por meio da manipulação da linguagem, o que possibilita o estabelecimento de uma relação dialógica com o âmbito penal.

Enquanto no romance a tentativa do IngSoc de manipular a língua vigente destrói a consciência do indivíduo e constrói a falsa imagem de um partido eficiente; no campo do não-ficcional, o que se observa, e cada vez com maior frequência, é o Estado lançando mão de sua mais perniciosa forma de atuação – que é o Direito Penal – para privar o indivíduo de sua liberdade, comunicando à população a falsa ideia de que punições extremamente repressivas garantem segurança. Em outras palavras, criam-se leis penais e as aplicam com o fim de apaziguamento social, apenas⁶⁹.

65 O nome do partido: “IngSoc” é entendido pela crítica como um acrônimo para o termo “Socialismo Inglês” no âmbito do idioma fictício da *novafala*.

66 “A Polícia do Pensamento o apanharia do mesmo modo. Ele cometera – e teria cometido, mesmo que nunca tivesse levado a pena ao papel – o crime essencial que continha em si todos os outros. *Crimideia*, chamava-se. *Crimideia* não era coisa que pudesse ocultar. Podia-se escapar com êxito algum tempo, anos até, porém mais cedo ou mais tarde pegavam o criminoso. Era sempre à noite [...] sem registro da prisão. As pessoas simplesmente desapareciam, [...] eram abolidas, aniquiladas: vaporizadas, dizia-se” (ORWELL, George. **The Greatest Works of George Orwell: 1984, Animal Farm, Down and Out in Paris and London, The Road to Wigan Pier, Homemade to Catalonia**. 2ª ed. E-artnow Publisher, 2019. p. 1958-1959. E-book. (tradução nossa).

67 *Novafala* é o nome dado ao idioma fictício criado pelo governo hiperautoritário na obra literária “1984”, escrita por George Orwell. O idioma, cuja função primordial é manipular o pensamento dos cidadãos, é tão importante no contexto da obra que recebe um apêndice próprio dedicado a explicá-lo.

68 ORWELL, George. op.cit., p. 1293.

69 cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. rev. ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 21.

Se no cenário da obra de Orwell – frisa-se: considerada distópica – palavras tinham seus significados atenuados por eufemismos que, por muitas vezes, significavam o exato oposto daquilo que se pretendia dizer; no cenário internacional atual, a realidade não se mostra tão diferente: no primeiro trimestre do ano de 2022, o governo russo passou a criminalizar, aplicando pena de prisão, tanto os discursos que contradissem o posicionamento do Kremlin, quanto a prática de chamar de guerra a ação que vem sendo posta em curso na Ucrânia. O Governo russo preferiu o uso da expressão “operação militar especial” para se referir a sua conduta em relação ao país vizinho.⁷⁰

No contexto do Brasil, embora o exemplo remeta a um acontecimento histórico menos recente, os atos comunicativos do Estado tendentes a falsear a realidade e ludibriar a consciência social podem ser observados quando da instituição do Departamento de Propaganda e Imprensa (DIP) durante o período ditatorial varguista (1937 a 1945). Esse órgão era utilizado como ferramenta de promoção da ideologia do Estado Novo, por meio do qual se realizavam propagandas do governo, documentários que exaltavam a figura de Getúlio Vargas e censuravam informações.

Sopesando o contexto do ficcional e o da realidade posta, o que se tem é a acentuação do simbólico, por meio de um forte mecanismo que é a linguagem. O poder em exercício conceitua e impõe aquilo que é correto para determinada sociedade, criando-se um sistema axiológico que deve ser sempre preservado e estabelece uma ideia de valores comuns: ao que se chama cultura⁷¹.

Nesse sentido, Habermas⁷² discorre sobre o paradigma da linguagem e os atos de comunicação, explicando que o ente estatal se vale da linguagem, por meio dos arbítrios dos signos para criar mitos e ídolos. Dentro do contexto aqui perseguido, razoável entender a figura do Direito Penal como sendo o ídolo e as falsas premissas ou vazias promessas solucionadoras de problemas como sendo os mitos.

A linguagem acaba sendo sistematicamente o instrumento de manipulação, a partir do qual o Estado altera a conexão entre o sinal e a referência das palavras, conferindo-as a sintaxe desejada, a fim de perpetrar seus dogmas, fazer uma realidade parecer-lhe favorável e anular intelectualmente seus cidadãos.

70 TROIANOVSKI, Anton. SAFRONOVA, Valeriya. **Russia Takes Censorship to New Extremes, Stifling War Coverage.** The New York Times, Nova Iorque, 4 de mar. de 2022. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2022/03/04/world/europe/russia-censorship-media-crackdown.html>>. Acesso em: 30 de nov. de 2022.

71 É no simbólico que as leis são engendradas e os indivíduos a ela submetidos, já que a linguagem é, contexto do pensamento de Wittgenstein, uma das regras que se aprende para que haja pertencimento ao corpo social.

72 cf. HABERMAS. Jürgen. **Conhecimento e Interesse.** Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

Cria-se uma falsa realidade por meio da exasperação do simbólico, usam-se de palavras sutis e engenhosamente escolhidas para falsear os fatos e empregam castigos para punir os desviantes (e por desviante, entendem-se aqueles que questionam ou violam as regras anteriormente estabelecidas). Convencem-se as pessoas a apoiarem discursos violentos, sob a pretensa promessa de segurança social. E, por fim, torna infértil qualquer mínima tentativa de humanização das leis penais, porquanto percebendo a realidade de maneira deturpada, a sociedade entende o Direito Penal como fonte de tranquilidade e paz social.

6. PENAS DE CURTA DURAÇÃO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO E FRUTO DA MANIPULAÇÃO DA LINGUAGEM

Embora não exista pacificação de entendimento prático ou conceitual acerca do tema da pena privativa de liberdade de curta duração aplicada em momento anterior ao procedimento investigatório ou processual, ao analisar o tema sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro em vigor, algumas falhas e incongruências precisam ser abordadas.

Partindo-se da premissa de que o Direito Penal deva ser reconhecido e aplicado como *ultima ratio*, sobretudo a partir de uma lógica fundamentada sobre o sustentáculo de um aparato penal mínimo e garantista, a conclusão mais acertada é a de entender a aplicação desse tipo de pena de curta duração como uma expressão do direito simbólico, que se instaura pela interferência do plano linguístico.

Mostra-se como expressão do Direito Penal simbólico porque não protege – e arrisca-se dizer que tampouco se pretende a tanto – de lesões os bens jurídicos penalmente relevantes, mas apenas reafirma simbolicamente a vigência e uma falsa eficiência estatal perante a opinião pública. E, como fruto da manipulação da linguagem, na medida em que traz em seu bojo tanto a ideia de ser uma “pena” como a de ser “de curta duração”, dissuadindo tanto aqueles que clamam pelo recrudescimento das penas quanto aqueles que se preocupam com o avanço desmedido da criminalização e repressão de condutas.

Compraz com o primeiro grupo, porquanto possibilita a aplicação de uma medida que afasta do seio social aquele considerado como inimigo a ser combatido. Retira a liberdade do sujeito considerado desviante. E comove o segundo, na medida em que a construção sintática da expressão “curta duração” permite, em uma análise superficial, entender pela possibilidade de se resolver o problema da criminalidade, sem que se macule princípios fundamentais⁷³.

73 Nesse sentido é a denúncia de Maria Lúcia Karam, que revela que alguns setores da sociedade, aparentemente com vieses contestatórios, acabam por legitimar o sistema repressivo: “inebriados pela reação punitiva, esses setores da esquerda parecem estranhamente próximos dos arautos neoliberais apregoados do fim da história, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência, pura e simples manifestação do poder – e, no que diz respeito, poder de classe do Estado capitalista – é

A sutiliza da linguagem que permeia a ideia de uma pena de curta duração, quando encontra terreno fértil diante de casos como assédio sexual, violências de gênero ou contra grupos minorizados – que são situações historicamente menos-prezadas e tidas como irrelevantes aos olhos dos valores dominantes – recebe fácil adesão e dá espaço ao emprego de uma manifestação de poder arbitrário e irracional.

Todavia, se o que se espera é a mudança de direção das práticas punitivas que se tem até o momento. Adotar uma modalidade de encarceramento que subverte a característica de *ultima ratio* do Direito Penal fere a ideia da presunção de inocência e se distancia da defesa de garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito. Portanto, aplicá-la em território brasileiro não parece ser o posicionamento mais adequado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese não existir uma definição conceitual consolidada para as penas de curta duração, tanto por essa ideia não possuir correspondente na legislação pátria, quanto por não encontrar consenso internacionalmente, é possível considerar que se trata de uma proposta que consiste em ordenar o cumprimento imediato das penas de reclusão ou detenção, arbitradas em uma quantidade reduzida de dias, antes mesmo de se encerrar a fase processual e sem a substituição por penas restritivas de direito, com o intuito de se satisfazer a reprovação social em relação à conduta do agente e proporcionar uma punição célere.

Indubitavelmente, esse tipo de proposta tem como caráter satisfazer anseios de justiça e aplacar sentimentos de impunidade que emergem diante da lentidão dos procedimentos investigatórios e judiciais. O que não se pode deixar de se considerar, no entanto, é que se curvar a pressões sociais e midiáticas é remover do Direito Penal sua racionalidade e dar azo para que a manipulação da linguagem e dos símbolos ocupem o espaço por ela deixado.

Para a análise da legitimidade de propostas dessa espécie, é imprescindível reconhecer que o Direito Penal possui um caráter simbólico que lhe é intrínseco, cuja mensagem é senão a de que o Estado lançará mão de sua ferramenta mais forte e poderosa contra aqueles que ousarem aviltar os bens jurídicos mais caros por ele tutelado.

Esse caráter simbólico do Direito Penal, para além da elaboração dos tipos penais, está presente, também, na própria ideia do uso da prisão e da privação

necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder. (...) Chega a ser, assim, espantoso que forças políticas que se dizem (ou, pelo menos, originalmente, se diziam) voltadas para a luta por transformações sociais prontamente forneçam adesão a um mecanismo tão eficaz de proteção de interesses e valores dominantes de sociedades que supostamente deveriam ser transformadas" (KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará 1996. p.81-83).

do tempo como punição no cárcere. No entanto, existe uma tendência de deturpação do uso simbólico do Direito Penal, cuja consequência é oportunizar que os motivos não declarados sejam escamoteados, aumentando, assim, o risco de comprometer sua função, tornando-o ineficaz e seletivo

Da mesma forma, a linguagem que é utilizada pelo ente estatal e envolve o sistema penal é, em grande medida, manipulada, por meio dos arbítrios dos signos, para criar mitos e ídolos. Criam-se discursos deturpados, violentos e esvaziados de conteúdo material, que, com um verniz de interesse na erradicação da criminalidade, angaria apoio inclusive dos mais progressistas setores sociais, inviabilizando a construção de um sistema de justiça criminal humanizado e que não dialogue com a arbitrariedade.

Todavia, a solução para se obter tal paz social deve passar necessariamente pela mudança de direção das práticas punitivas que se tem até o momento. Adotar uma modalidade de encarceramento que subverte a característica de *ultima ratio* do Direito Penal fere a ideia da presunção de inocência e se distancia da defesa de garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Portanto, a influência da simbologia e da linguagem na construção das propostas penais e processuais penais deve priorizar medidas efetivas de proteção a bens jurídicos e que não sejam meramente um apelo linguístico ao direito penal simbólico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial IB de F, 2004.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; RESENDE, Thiago Xavier Nhimi. Liberdade individual versus segurança pública à luz do simbolismo da legislação de emergência. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, ano 10, n. 14, p. página inicial-página final, jul./ dez. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10618/19604>. Acesso em: 22 set 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: Provocações Criminológicas às Teorias da Pena na Era do Grande Encarceramento. **Rev. Polis e Psique**, 2013; 3(3):143-164. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/PolisePsique/article/viewFile/43141/28618>>. Acesso em: 01 nov. 2021.
- CHOMSKY, Noam. **Linguagem e mente**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2009.
- _____. **Mídia: propaganda política e manipulação**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. Revisitando a esquerda punitiva: relações sociais, poder e agenda atual da criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - Acesso em 01/11/2021.
- DURKHEIM, Emile. **As regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado, Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: O simbolismo no direito penal**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982.

HARARI, Yuval, Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Trad. Paulo Geiger. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. In: Vários Autores. Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

JARDELINO, Maria Olívia Silva; SILVA, Luciano do Nascimento; NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do; FREIRE JÚNIOR, Antônio de Freitas. O tempo como medida da pena: uma análise da crítica ao punitivismo a partir das alternativas ao encarceramento. **Revista Húmus**, vol. 11, nº 34, 2021. Disponível em: <<https://periodicosletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/16880>>. Acesso em: 26 set 2022.

JUNG, Carl G. [et.al] **O homem e seus símbolos**. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 3. ed. especial. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva**. Ensaio publicado na Revista discursos sediciosos - crime, direito e sociedade n. 1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, páginas 79 a 92. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-esquerda-punitiva-1508702858>>. Acesso em: 31/10/2021.

MARCHIONI, Guilherme Lobo. A influência da opinião pública na criação de leis penais simbólicas. **Revista Liberdades**, nº 27. p. 194-209.

MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro: em busca de novas alternativas**. 2014. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução: Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ministério da Justiça. **Policy paper. A Smart Approach to sentencing**. 16 de set. de 2020. Disponível em <www.gov.uk/official-documents>. Acesso em: 02 de set. de 2022.

Nações Unidas. **Second United Nations Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders. Short-term Imprisonment**. Londres. 20 de ago. de 1960. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/2nd_Congress_1960/015_ACONF.17.5_Short-Term_Imprisonment.pdf>. Acesso em: 01 de dez. de 2022.

NARVÁEZ MORA, Maribel. **Wittgenstein y la teoría del Derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

NEVES, Maria Helena de Moura. **A vertente grega da gramática tradicional: uma visão do pensamento grego sobre a linguagem**[online]. 2ª ed. rev. e at. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NUÑES PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ORWELL, George. **The Greatest Works of George Orwell: 1984, Animal Farm, Down and Out in Paris and London, The Road to Wigan Pier, Homemade to Catalonia**. 2ª ed. E-artnow Publisher, 2019. E-book.

RAMOS, André de Carvalho. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. In: Direitos humanos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; 2011. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/>

pluginfile.php/4940117/mod_resource/content/1/ACR_Mandados_de_Criminalizacao.pdf>. Acesso em: 31/10/2021.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Revalorização das penas privativas curtas: instrumento para a redução da intervenção penal. **Revista Meritum** – Belo Horizonte – v. 2 – n. 1 – p. 85-107 – jan./jun. 2007.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Juízo argumentativo de reprovação**. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César. (Orgs.). *Direito Penal, neurociência e linguagem: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. Disponível em: <<http://www.editorafi.org>>. Acesso em: 26 set 2022.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. Coleção primeiros passos. 1ª edição eBook. São Paulo: Editora Brasiliense. Produção: Editora Hedra Ltda., 2017.

SANTOS, Alexandre Candeia dos. SANTANA, Jaqueline R. PEREIRA, Marla Luryan do Nascimento. O fenômeno do direito penal simbólico: das mobilizações sociais às suas derivações. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXVIII, Nº. 000122, 08/05/2018. Disponível em: <<https://semana-academica.org.br/artigo/o-fenomeno-do-direito-penal-simbolico-das-mobilizacoes-sociais-suas-derivacoes>>. Acesso em 08 abr 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. rev. ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TODOROV, Tzvetan. **Simbolismo e interpretação**. São Paulo: Edições 70, 1978.

TROIANOVSKI, Anton. SAFRONOVA, Valeriya. **Russia Takes Censorship to New Extremes, Stifling War Coverage**. The New York Times, Nova Iorque, 4 de mar. de 2022. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2022/03/04/world/europe/russia-censorship-media-crackdown.html>>. Acesso em: 30 de nov. de 2022.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. 2008. 165 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. Barcelona: Ediciones Altaya, 1999.

_____. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

VÍTIMAS INVISÍVEIS: O IMPACTO DA CULTURA DO ESTUPRO NO PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO

GUILHERME MANOEL DE LIMA VIANA¹

NARA FERNANDES ALBERTO²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a posição social da mulher e a luta de movimentos feministas para garantirem direitos e tratamentos igualitários. Historicamente, as mulheres foram colocadas em posição hierárquica inferior ao homem, submetendo-se às suas vontades, seja por preceitos religiosos ou por costumes adotados à época.

A violência sexual é um dos crimes mais atrozes que uma pessoa pode sofrer, deixando marcas profundas e duradouras na vida das vítimas. Infelizmente, a cultura do estupro, enraizada na sociedade, contribui para a invisibilidade e a revitimização das pessoas que passaram por essa experiência traumática.

No primeiro capítulo, será feito uma breve análise histórica dos crimes contra a dignidade sexual da mulher. Exploraremos como a sociedade, ao longo dos séculos, moldou uma mentalidade de submissão e controle sobre o corpo feminino, relegando as mulheres a papéis de fragilidade e inferioridade. Será examinada a evolução das leis e normas sociais relacionadas à violência sexual, destacando os avanços e desafios enfrentados pelas vítimas ao longo do tempo.

No segundo capítulo, será abordado a relação entre a violência de gênero e a cultura do estupro. Analisaremos como a cultura, permeada por estereótipos de gênero e normas sociais discriminatórias, perpetua a violência sexual e dificulta o combate a esse grave problema. Serão discutidos os elementos que compõem a cultura do estupro, como a culpabilização da vítima, a objetificação do corpo feminino e a tolerância da sociedade em relação aos agressores.

1 Mestrando em Direito na Sociedade da Informação (Bolsista CAPES/BRASIL) Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário UniDomBosco (2022) e Pós-graduado em Direito Digital do Trabalho, Compliance Trabalhista e LGPD pela Faculdade Verbo Educacional (2023). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2021). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1660121333362740>

2 Mestranda e Bolsista Capes em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU (2023-2025). Professora Concursada do Centro Universitário Fundação Santo André titular das Disciplinas Teoria do Crime e Direito Penal Econômico. Pós Graduada em Criminologia.

No terceiro capítulo, será investigado o processo de vitimização vivenciado pelas vítimas de violência sexual. Serão exploradas as diferentes etapas desse processo, desde a violência em si até os desafios enfrentados durante a denúncia, investigação e julgamento dos casos. Daremos destaque aos impactos psicológicos e emocionais sobre as vítimas, bem como às barreiras institucionais e sociais que dificultam a obtenção de justiça e o apoio adequado.

Ao analisar a intersecção entre a cultura do estupro e o processo de vitimização, busca-se aumentar a conscientização sobre esse grave problema e incentivar a reflexão e o debate sobre a necessidade de mudanças estruturais na sociedade. É essencial que as vítimas sejam reconhecidas, apoiadas e empoderadas, e que os agressores sejam responsabilizados pelos seus atos. Somente assim poderemos caminhar em direção a uma sociedade mais justa e igualitária, livre da violência sexual e do estigma que ainda a rodeia.

Para elaboração do trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica, vez que utilizou de legislações, doutrinas, artigos científicos, julgados e jurisprudências para aprofundar a respeito do tratamento da vítima de crimes sexuais, bem como os entendimentos sociais e jurídicos do assunto.

No que concerne à natureza da pesquisa, neste trabalho foi utilizado o resumo do assunto mais avançado, pois se baseia em leis e jurisprudências que versam sobre o processo de vitimização nos crimes sexuais.

O presente trabalho busca estabelecer uma pesquisa que verifique a existência de uma cultura de estupro no Brasil associada à violência de gênero, como ocorre o processo de vitimização em crimes sexuais, as síndromes vitimológicas decorrentes desta influência e os dispositivos que regulamentam tais delitos.

2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER

A mulher, em primeiro momento, não possuía qualquer proteção à sua dignidade sexual e, por isso, era tratada como mero objeto do lar. Diante disso e do alto índice de ocorrência de violência de gênero, fez-se necessário a criação de leis e medidas políticas para combatê-la.

Durante o Império, foi instaurado o Código Criminal do Império, por volta do ano de 1830. Este instituto fora criado sob a influência da Escola Clássica e, para vários doutrinadores, fora a primeira legislação que influenciou a história penal brasileira.

Conforme explica Fayet³, ocorria desigualdade no julgamento dos indivíduos decorrentes de sua posição social privilegiada ou não, como por exemplo,

3 FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. 1. ed. – versão eletrônica – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.13

os escravos. As penas eram aplicadas em graus máximos, médios e mínimos dependendo da gravidade do delito e da aplicação de agravantes e atenuantes. A pena de morte ainda estava prevista neste instituto, e só eram admitidos crimes praticados na modalidade dolosa, ou seja, não existia a figura do delito culposos.

Nas palavras de Paschoal⁴, o Código do Império de 1830 tutelava os crimes sexuais em seu Título II sob a conceituação de “Dos crimes contra a segurança da honra”. Desta feita, o diploma legal visava a proteção da honra sexual e social da mulher.

Esta legislação foi pioneira em instituir a denominação estupro para a caracterização de um crime. No entanto, neste artigo tutelava-se não apenas a conjunção carnal praticada sem o consentimento da vítima, mas também qualquer outro ato praticado com conotação sexual. Tal redação do diploma sofreu várias críticas doutrinárias à época.

Neste sentido, Fayet⁵ afirma que o referido dispositivo legal previa sob a mesma denominação de estupro as seguintes condutas:

- a) Defloramento de mulher virgem e menor de dezesseis anos (artigo 219); b) defloramento de mulher virgem e menor de dezesseis anos por quem tem sob seu poder ou guarda (artigo 220); c) defloramento de mulher virgem e menor de dezesseis anos por pessoa a ela relacionada por grau de parentesco que não admita dispensa para casamento (artigo 221); d) cópula carnal por meio de violência ou ameaça com mulher honesta (artigo 222); e) ofensa pessoal a mulher para fim libidinoso, causando-lhe dor ou mal corpóreo, sem que se verifique a cópula carnal (artigo 223); e f) sedução de mulher honesta e menor de dezessete anos, praticando com ela conjunção carnal (artigo 224).

A tipificação do delito de estupro propriamente dito era tratado sob a influência da tradição romana, sob a denominação *stuprum* cuja abrangia toda e qualquer relação carnal ilícita. Fayet⁶ disserta que o artigo 222, tinha a seguinte redação:

Destarte, o crime de estupro, propriamente dito, vinha delineado no art. 222, com a seguinte redação: “Ter copula por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta, Penas de prisão por três ou doze anos; e de dotar a ofendida; se a violentada for prostituta: pena de prisão por um mês a dois anos”.

A cópula carnal violenta ocorreria quando do ato fosse empregado violência ou grave ameaça em desfavor da mulher visando a conjunção carnal. A punição para o ato se distinguiria dependendo da condição social em que a ofendida se encontrava.

Mediante uma simples leitura do texto, é possível verificar a explícita diversidade no tratamento das mulheres vitimadas baseando-se na lógica da honesti-

4 PASCHOAL, Nohara. **O estupro: uma perspectiva vitimológica**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 53

5 FAYET, op. cit, p.17

6 Ibid., p.17

dade. Nota-se que estupro somente poderia ser praticado contra mulher honesta e, caso a mulher fosse prostituta, a pena seria mais branda, deixando claro a importância da honestidade para caracterizar a tipificação do crime.

No mesmo sentido, Rossi⁷ traz o seguinte ensinamento acerca do tema:

Em relação às penas, se o estupro fosse praticado contra uma 'mulher honesta', a pena aplicada seria a prisão de três a doze anos, bem como a constituição de um dote em favor da ofendida para que esta conseguisse um bom casamento após o delito. Todavia, se a vítima fosse prostituta, a pena seria menor, ou seja, de apenas um mês a dois anos de prisão, demonstrando, com isso, que ela possuía um valor menor em relação à primeira.

O Código Criminal do Império de 1830 disciplinava apenas os crimes sexuais praticados contra a mulher, não fazendo constar a figura do homem como sujeito passivo do delito.

É importante salientar que neste dispositivo não existia o instituto consistente na presunção de violência, ou seja, não foram especificadas condições próprias das vítimas que renunciavam à necessidade de emprego de violência ou grave ameaça para a caracterização do delito.

Era previsto, ainda, o delito de defloramento que consistia na ruptura do hímen da vítima, ou seja, a retirada da virgindade da ofendida, fazendo-se necessária sua comprovação. Alguns estudiosos da época, mostravam intensa preocupação acerca da tipificação deste dispositivo, pois em alguns casos poderiam existir himens complacentes que resistiam à relação sexual sem ruptura. Deste modo, não sendo detectáveis no exame de corpo de delito realizado na ofendida.

No ano de 1890, fora criado o Código Penal da República, o qual fora o primeiro instituto a prever crime sexual praticado contra homem; a figura da violência presumida, com uma definição específica do que seria este instituto e a criação do delito denominado atentado violento ao pudor.

Os crimes sexuais estavam previstos no Título VII, chamado "Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e ultraje público ao pudor". O Capítulo I, intitulado de violência carnal, em seus artigos 266 e seguintes tipificou os crimes de atentado ao pudor, por meio de violência ou ameaça, com o fim de satisfazer a lascívia; o de deflorar mulher menor de idade; estupro de mulher honesta ou virgem, assim como, mulher pública ou prostituta.

Segundo Paschoal⁸, o estupro estava previsto no artigo 268 deste instituto e previa como crime em seu *caput* o estupro de mulher virgem ou não, porém, honesta. A pena prevista para este caso era de um a seis anos. Por outro lado, caso

7 ROSSI, Giovana. **A culpabilização da vítima no crime de estupro: os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica**. – 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.53

8 PASCHOAL. op. cit. p.62

a mulher fosse prostituta ou pública, conforme se extrai de seu parágrafo primeiro, a pena seria reduzida drasticamente de seis meses a dois anos.

Neste diploma legal, houve uma extensão significativa acerca do sujeito passivo do delito pois não mais se condicionava que a ofendida fosse virgem para a configuração do delito. Todavia, ainda havia a exigência da honestidade da mulher para serem tuteladas pelo Direito Penal à época.

Nesta legislação, em seu artigo 269, vinha prevista a definição do delito de estupro, bem como, o que seria a violência que a mulher poderia sofrer nestes crimes. O estupro seria o ato pelo o qual o homem abusaria da mulher, com violência, fosse ela virgem ou não.

Segundo Paschoal⁹, a definição de estupro utilizada pelo legislador sofreu várias críticas à época. Pois para os estudiosos, o legislador não havia deixado explicitamente claro que o elemento constitutivo do tipo penal seria a cópula carnal entre vítima e agressor, pois utilizava-se apenas a expressão abusar da mulher.

Por outro lado, a definição de violência não era somente a força física do homem contra a mulher, mas também qualquer outro meio empregado que privasse, impossibilitasse ou restringisse a possibilidade de defesa da vítima, como por exemplo, narcóticos, hipnose, dentre outros.

Conforme mencionado anteriormente, este dispositivo trouxe o instituto da violência presumida em que o eventual consentimento da vítima não era considerado válido, em determinados casos, dada a idade da vítima, como fora fixado pelo legislador, dezesseis anos de idade.

O Código Penal de 1890 não trouxe qualquer menção ao estupro extra-conjugal, ou seja, não era elemento do tipo para caracterizar-se o delito. Alguns estudiosos não admitiam a ocorrência da modalidade do estupro marital. Para estes, a mulher ao se casar com o marido, possuía um débito conjugal, cujo o qual, impossibilitava a ocorrência do estupro. Deste modo, o homem estaria somente atuando em exercício legal de um direito adquirido.

Neste sentido, em 1932 foi promulgada a Consolidação das Leis Penais. Todavia, não houve alteração nos crimes sexuais e, por consequência, mantiveram-se as penas designadas e a figura da presunção de violência, quando a vítima fosse menor de dezesseis anos.

Após, no ano de 1940, foi realizado projeto de lei alterando as Consolidações das Leis Penais de 1932. Entretanto, somente no ano de 1942 houve a promulgação do Decreto-Lei nº 2.848 conhecido como o Código Penal de 1940.

9 Ibid. p.64

Tal dispositivo que se encontra em vigência até os dias atuais, tipificava anteriormente o delito de estupro em seu art. 214¹⁰. É importante salientar que neste diploma legal, houve a retirada do termo mulher honesta para caracterização do delito de estupro.

Atualmente, o delito de estupro trata-se de crime hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90 e está tipificado no artigo 213 do Código Penal Pátrio. Tal instituto impõe que cometerá crime aquele que constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar e permitir que com ele se pratique qualquer outro ato libidinoso. A pena prevista para este ilícito penal em sua modalidade simples é de reclusão de 06 (seis) a 10 (anos).

Deste modo, o delito engloba não apenas a conjunção carnal praticada mediante violência ou grave ameaça. Para o doutrinador o vocábulo é mais amplo, vez que disciplina qualquer outro comportamento que obrigue a vítima, seja qual for o sexo, a praticar ou permitir que com o agressor se pratique qualquer outro ato libidinoso.

O bem jurídico tutelado pelo tipo penal em tela é a liberdade sexual do indivíduo, em que este pode escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo, inclusive, caso assim desejar, recusar o próprio cônjuge ou parceiro.

Portanto, a liberdade sexual da mulher consiste no reconhecimento do direito de escolha, de forma livre, referente às suas necessidades sexuais podendo escolher seus parceiros conforme sua vontade consciente.

Neste mesmo sentido, o entendimento sumulado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em Enunciado 593¹¹ dispõe que:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

A primeira alteração legislativa de suma importância a ser mencionada foi o advento da Lei nº 12.015, promulgada aos 10 de agosto do ano de 2009, que realizou diversas mudanças no cenário dos delitos sexuais.

10 Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena – reclusão, de seis a dez anos.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=S%DAMULA+593&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22/05/2023

Há de se destacar a alteração da nomenclatura consistente no Título VI que antes era tida como “Dos crimes contra os costumes” passando-se a constar “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Esta mudança foi fundamentada em preceitos constitucionais, garantindo-se a liberdade sexual do indivíduo, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. Nucci¹² traz o seguinte ensinamento acerca do tema:

A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados *costumes*, de modo que o Código Penal estava a merecer uma autêntica reforma nesse contexto. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, possam ser imorais ou inadequados.

A liberdade sexual do indivíduo passou a ser tutela em amplo sentido, não se podendo realizar julgamentos morais do livre consentimento e formação de vontade no que tange à temática sexual. Portanto, devem ser criminalizadas as condutas sexuais praticadas sem o consentimento de uma das partes e não condutas com embasamento no que a sociedade estipula como o que seriam bons costumes.

3. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A CULTURA DO ESTUPRO

A palavra gênero vem do latim que significa classe ou espécie. Deste modo, tal expressão pode ser utilizada para conceituar atividades rotineiras, como gênero humano, gênero de vida, dentre outras. Machado¹³ conceitua gênero:

Gênero é uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições sociais das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. Gênero é assim uma categoria classificatória que, em princípio, pode metodologicamente ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos e circunscreverem cosmologicamente a pertinência da classificação de gênero. Este conceito pretende indagar metodologicamente sobre as formas simbólicas e culturais do engendramento social das relações sociais de sexo e de todas as formas em que a classificação do que se entende por masculino e feminino é pertinente e faz efeito sobre as mais diversas dimensões das diferentes sociedades e culturas.

É de suma importância salientar que o termo gênero não pode ser confundido com o vocábulo sexo. Esta terminologia, abarca características físicas e biológicas no que concerne aspectos anatômicos e fisiológicos que permitem a distinção de homens e mulheres, ou seja, é dado pela natureza humana. Por outro

12 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. – 1. ed. – versão eletrônica – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 69

13 MACHADO, Lia Zanotta. Perspectivas em Confronto: Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo. Brasília: Serie Antropológica. V. 284, 2000, p. 5. Disponível em <http://dan.unb.br/images/doc/Serie284empdf.pdf>. Acesso em: 14/05/2023

lado, a expressão gênero consiste na abordagem de diferenças sociais, políticas e culturais que colocam as mulheres em posição inferior aos homens nos cargos ocupados no cotidiano.

Teles e Melo¹⁴ conceituam a violência de gênero como sendo aquela em que consiste na relação de poder do homem em dominar a mulher e a colocar em posição submissa. Esta violência certifica, que mediante os papéis e posições sociais impostas aos homens e mulheres historicamente, confirmados pelo patriarcado, faz com que as violências acometidas pelo gênero sejam consistentes no processo de socialização em que foram colocadas e não como mero fruto da natureza. Continuam¹⁵ o raciocínio com a seguinte assertiva:

Ou seja, não é a natureza a responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres.

Portanto, a violência de gênero consiste no emprego de violência utilizado contra a mulher advindo de influências históricas e de imposição de estereótipos dos indivíduos e suas posições sociais que é tido como uma ação de abuso de poder, desejo de dominar e possuir a mulher como submissa e não apenas no desejo sexual.

A mulher por muito tempo foi vista como um ser delicado e submisso ao homem devendo desempenhar os papéis de dona de casa e portar-se de maneira honesta. Caso não fossem obedecidas tais imposições, a mulher seria considerada vulgar e o seu círculo social a trataria de forma diversa à mulher tida como ideal.

Deste modo, ante as influências machistas e misóginas adquiridas historicamente, serão abordados temas referentes a existência de uma cultura de estupro na sociedade brasileira e o tratamento jurídico e social dado à mulher ante a ocorrência do delito.

A terminologia cultura do estupro ou rape culture, advinda de movimentos feministas da década de setenta nos Estados Unidos, em decorrência de influências machistas e patriarcais na formação da sociedade, a violência de gênero exteriorizou-se de forma significativa. Este é um dos fatores para a insurgência de uma cultura que culpabiliza a vítima de crimes sexuais e coloca em dúvida seu depoimento acerca dos fatos.

14 TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são os direitos humanos das mulheres**. 1. ed. e-book – Tatuapé: Brasiliense, 2017. p.121

15 Ibid. p.121

O conceito de cultura consiste em comportamentos dos seres humanos que são tidos como naturais e comuns diante da sociedade. Medeiros¹⁶ em seu artigo *Como assim, cultura do estupro?*, ao mencionar o ilustre doutrinador Denys Cuche discorre que a cultura é o instrumento utilizado para justificar a naturalização dos comportamentos humanos. Assim, a natureza do indivíduo é exteriorizada pela cultura.

Na mesma conjuntura, Sousa¹⁷ traz o seguinte entendimento acerca do tema:

Chamar uma determinada prática social de cultura implica atribuir-lhe uma série de fatores que exprimem que essa conduta se caracteriza, entre outras coisas, por ser algo feito de maneira corriqueira e não listado como raras exceções, colocando essa ação como uma atividade humana.

Campos et al.¹⁸ exemplifica a origem da expressão com a assertiva de que “a ideia de que existe ou vivemos em uma cultura do estupro foi desenvolvida pelas norte-americanas nos anos 1970 quando denunciaram o tratamento social e jurídico que culpabilizava as mulheres pelo estupro sofrido”. (CAMPOS et al., 2017, p. 983)

Somente ganhou expressividade no Brasil com a ocorrência do estupro coletivo na cidade do Rio de Janeiro em que uma adolescente de dezesseis anos foi violentada por trinta e três indivíduos após ir a um baile funk.

Os rapazes, além de cometerem o delito, filmaram o ato e divulgaram as imagens em diversas redes sociais que tomaram proporções gigantescas no mundo todo. Diante disto, a vítima foi colocada em julgamento moral, momento em que a sociedade passou a questionar a vontade dela para o consentimento do ato.

Nesta cultura do estupro, são corriqueiras a ocorrência de julgamentos morais e a colocação da vítima em posição de dúvida, que para algumas pessoas pode não ter ocorrido a negativa de vontade ou ela poderia estar fazendo apenas um jogo de sedução.

São questionados os comportamentos da vítima que levaram a esta condição, suas vestimentas, se estava acompanhada ou não no momento do ato, círculo social em que seria integrada, dentre outros, mas não há necessariamente o julgamento social e moral dos indivíduos que são os autores dos delitos sexuais.

16 MEDEIROS, Letícia. **Como assim, cultura do estupro?**. jun. 2016. Disponível em: https://www.politize.com.br/cultura-do-estupro-como-assis/?utm_campaign=info_cultura_do_estupro&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em: 17/05/2023

17 SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do Estupro – A prática implícita de incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas, Florianópolis**, v. 25, n. 1, p. 10. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/48512/33659>. Acesso em: 14/05/2023

18 CAMPOS, Carmem Hein de et al. Cultura do estupro ou cultura antiestupro?. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 983, set-dez. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-0981.pdf>. Acesso em: 02/06/2023

A Organização das Nações Unidas¹⁹ conceitua a cultura do estupro como “termo usado para abordar as maneiras em que a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento dos homens”. Elucida o seguinte discurso:

A cultura do estupro é uma consequência da naturalização de atos e comportamentos machistas, sexistas e misóginos, que estimulam agressões sexuais e outras formas de violência contra as mulheres. Esses comportamentos podem ser manifestados de diversas formas, incluindo cantadas de rua, piadas sexistas, ameaças, assédio moral ou sexual, estupro e feminicídio. Na cultura do estupro, as mulheres vivem sob constante ameaça.

Para tentar justificar a agressão sofrida pela vítima são utilizadas algumas expressões como de que a mulher estaria provocando o comportamento violento, não deveria andar sozinha pela rua, não deveria utilizar certos tipos de vestimentas, dentre outras.

Ao se questionar acerca da ocorrência de estupro ou não, são utilizadas relativizações sobre o comportamento da vítima, como, se ocorreu pouca violência ou baixa resistência, o delito de estupro não estaria caracterizado e, por isto, algumas mulheres vítimas de estupro não acreditam que o ato sofrido seria punido legalmente.

A doutrinadora Teles²⁰ disciplina que a sociedade repudia o estupro, contudo, ao mesmo tempo o legitima ao promover embaraços para o desenvolvimento de campanhas educativas que conscientizem a população acerca de fatores sociais, culturais, de gênero, raças e etnias.

É importante advertir que o conceito de cultura do estupro não quer dizer que todos os homens sejam estupradores em potencial e nem que todos os indivíduos sejam de forma direta responsáveis pelo ato do delito de estupro. Contudo, a cultura do machismo e misoginia enraizados na sociedade contribuem para que este tipo de violência praticada contra a mulher seja propagado.

Existe uma contraposição entre a repressão sexual imposta sobre a mulher e o incentivo sexual recebido pelo homem. Os homens, desde muito novos são incentivados a realizarem a prática sexual, e as mulheres recebem ordens e instruções para se resguardarem neste sentido.

Diante disto, criou-se uma ideia social de que há a mulher para casar e a mulher desviada, ou seja, que não deve receber a mesma tratativa da primeira. A mulher para casar é tida como donzela, pura e virginal, sobre a qual não devem ocorrer julgamentos por parte da sociedade. Em outro viés, a mulher desviada é

19 ONU BRASIL. Movimento ElesPorElas (HeForShe) – Organização das Nações Unidas Mulheres pela Igualdade de Gênero. **Porque falamos de cultura do estupro?**. Publicado em: 31 mai. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>. Acesso em: 22/05/2023

20 TELES, op. cit. p.72

vista como aquela impura, que não possui comportamentos conforme os ditames da sociedade.

Engel²¹ explica acerca da naturalização do abuso sexual e o pensamento de que a vítima contribui para causá-lo, por meio de uma pesquisa realizada para mensurar a percepção sobre a violência sexual contra a mulher, constatou que 58,5% dos brasileiros assentem total ou parcialmente com a afirmativa de que se as mulheres se comportassem de forma esperada pela sociedade, ocorreriam menos estupros.

Pelos dados apresentados é possível concluir que muitas mulheres também concordam que muitos estupros ocorrem por culpa das próprias mulheres.

4. O PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO

As vítimas de delitos contra a dignidade sexual sofrem traumas físicos e psicológicos em decorrência do ato. Além do mais, ante a influência da cultura do estupro na sociedade, elas são por vezes hostilizadas e humilhadas pelos agentes estatais responsáveis pelo procedimento de persecução penal, familiares e amigos. Diante disso, sofrem processos de vitimização .

O estudo da vitimologia somente ocorreu de forma mais acentuada após a ocorrência da 2ª Guerra Mundial, ante as torturas e martírios sofridos pelos judeus na guerra liderada por Adolf Hitler.

Os estudos vitimológicos surgiram com Benjamim Mendelsohn, que é considerado pai da vitimologia. O referido estudioso realizou uma conferência histórica chamada: “Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia” proferida na Universidade de Bucareste no ano de 1947.

Sumariva²² traz o conceito de vitimologia nas palavras de Benjamim Mendelsohn, como sendo “a ciência que ocupa da vítima e da vitimização, cujo objeto é a existência de menos vítima na sociedade, quando esta tiver real interesse nisso”.

Segundo o próprio autor²³, institui vitimologia, abrangendo-se a vitimologia penal e a vitimologia assistencial, como sendo “o estudo científico da extensão, natureza e causas da vitimização criminal, bem como, suas consequências

21 ENGEL, Cíntia Liara. **As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil**. Texto para Discussão 2339, Rio de Janeiro, out. 2017, p. 17. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2339.pdf. Acesso em: 02/06/2023

22 SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. **Criminologia: teoria e prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Niterói: Impetus, 2015. p. 96

23 Ibid. p. 96

para as pessoas envolvidas e as reações àquela na sociedade, notadamente pela polícia e pelo sistema de justiça criminal”.

A vitimologia possui como característica peculiar apresentar a vítima aparentemente de forma simples, contudo, demonstra a complexidade de seu estudo, seja individualmente, seja na relação ocorrida entre agressor e vítima.

A terminologia vítima pode ser estudada em seu conceito amplo e em sua perspectiva penal e, a importância da harmonia entre ambos os conceitos. Deste modo, a palavra vítima possui origem do latim e significa o indivíduo ou animal utilizado em rituais de sacrifícios, como forma de remissão dos pecados humanos. Esta expressão possui significado de perda e, em consequência disto, a sociedade enxerga a vítima como uma pessoa perdedora. Sumariva²⁴ traz o seguinte conceito de vítima:

Vítima é a pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômico bem como a que perde direitos fundamentais, através de atos ou omissões que consistem em violação a normas penais, incluindo aquelas que prescrevem abuso de poder. (...) Vítima é quem sofreu ou foi agredido de alguma forma em virtude de uma ação delituosa, praticada por um agente. Também podem ser consideradas vítimas não apenas o homem individualmente, mas entidades coletivas como o Estado, corporações, comunidades e grupos familiares.

Portanto, para a vitimologia, o conceito de vítima possui significado mais amplo como sendo qualquer pessoa, inclusive familiares, que sejam prejudicadas por ação ou omissão humana consistente em delito penal, ou não, e esta agressão seja voltada a um direito do indivíduo.

Nas palavras de Sumariva²⁵, o processo de vitimização consiste nas relações intersociais que podem ser entendidas como relações em que há domínio de poder. Esse processo é dividido em vitimização primária, secundária, terciária, indireta e heterovitimização.

A vitimização primária traduz-se na relação direta entre agressor e vítima. Portanto, é o processo pelo qual a vítima suporta danos materiais ou psicológicos de forma direta ou indireta em decorrência do delito ou trauma sofrido.

Por outro lado, a vitimização secundária, também denominada como sobrevitimização, expressa-se pelas ações ou omissões estatais em relação à vítima. Nesta etapa, ocorre o sofrimento demasiado causado ao indivíduo pelos órgãos de controle social, meio social e redes midiáticas, em que se torna mais gravoso que a anterior, vez que a palavra da vítima é colocada em questionamentos. Sumariva²⁶ explana acerca do assunto:

24 Ibid. p. 98

25 Ibid. p.101

26 Ibid. p. 97

É decorrente do tratamento dado pelas ações ou omissões das instâncias formais de controle social (polícia, judiciário etc.). Isto é, o sofrimento adicional à vítima por órgãos oficiais do Estado, pelo poder midiático e pelo meio social em que está inserida. A vitimização secundária pode apresentar-se mais grave que a primária, uma vez que, além dos danos causados à vítima, ocasiona a perda de credibilidade nas instâncias formais de controle.

Ainda sobre o tema, Viana²⁷ discorre que a vitimização secundária também é conceituada como vitimização processual dado que a vítima sofre os efeitos decorrentes do processo penal e traz o seguinte discurso:

[...] Consiste em custos adicionais causados à vítima em razão da necessária interferência das instâncias formais de controle social. Em alguns crimes, a exemplo do estupro, é vulgar a resistência da vítima em recorrer ao sistema penal (polícia, ministério público etc.): ou porque sente-se envergonhada com o fato e não quer reviver a experiência traumática; ou porque, ao reviver será estigmatizada pelas instâncias encarregadas da persecução penal – a exemplo das teses defensivas do consentimento da vítima –, reencontrará o criminoso, interrogatórios.

A título de exemplo, faz-se necessário analisar o conhecido caso de estupro coletivo ocorrido na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2016, em que uma adolescente de dezesseis anos foi violentada por trinta e três homens que filmaram o ato e divulgaram as imagens em redes sociais. Engel²⁸ resume o ocorrido da seguinte forma:

A menina, depois de denúncias realizadas por terceiros, foi à delegacia prestar depoimento. Lá, o delegado a constrangeu, perguntando se ela havia bebido, se era comum que praticasse sexo nessas circunstâncias, se era usuária de drogas e se de fato seria possível provar que havia ocorrido estupro. Ao fazer isso, ao lado de outros dois homens em uma sala de vidro que deixava a vista livre para quem passasse pelos corredores, expôs novamente as imagens no intuito de averiguar as circunstâncias do ocorrido. O tom do delegado era de acusação em relação à menina, parecia ser sua principal preocupação categorizar como crime algo que não poderia provar-se enquanto tal. Depois de ampla divulgação de sua postura no interrogatório, o delegado foi afastado do caso. A Delegacia da Criança e do Adolescente (e uma delegada mulher) assumiu o caso.

Neste caso fatídico, o delegado que estava conduzindo o caso colocou em dúvida o comportamento sexual da vítima e teve que ser afastado das investigações. Diante desta conduta e a repercussão nacional e internacional do delito ocorrido, o governo estadual do Rio de Janeiro em conjunto com o governo federal anunciou medidas imediatas para a prevenção de crimes sexuais.

Nas palavras de Sumariva²⁹, a vitimização terciária consiste na hostilização sofrida em seu círculo social perante familiares e amigos, bem como, na ausência de amparo dos órgãos públicos. Deste modo, a vítima neste processo sofre humilhações, é ridicularizada por entes próximos e excluída de seu meio de convívio em decorrência do delito sofrido. Diante disto, por muitas vezes a vítima decide

27 VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 167

28 ENGEL. op. cit. p.08

29 SUMARIVA. Op. cit. p. 99

não denunciar o fato às autoridades responsáveis e, em consequência, surge-se a chamada cifra negra.

Para o estudioso Viana³⁰, a cifra negra constitui-se na divergência entre a criminalidade real, ou seja, a quantidade de crimes praticados em determinado tempo e local e a criminalidade aparente que consiste nas denúncias que chegam ao conhecimento das autoridades policiais.

A vitimização indireta está relacionada ao sofrimento do indivíduo que não sofreu diretamente o delito, contudo, possui íntima relação com a vítima primária e sofre com a situação suportada pela pessoa querida. A heterovitimização, por sua vez, traduz-se na busca pela vítima de justificar atitudes que se tomadas poderiam ter evitado o ilícito penal, como por exemplo, deixar a porta de um veículo aberta.

Sob outra perspectiva, há ocasiões em que a vítima revive o trauma sofrido, ou seja, é tornada vítima novamente. Tal processo em que a vítima revive os traumas emocionais sofridos é conceituado como revitimização.

A revitimização é dividida em duas espécies, quais sejam, a heterovitimização secundária e a autovitimização secundária. A primeira ocorre nas relações obtidas com outros indivíduos e instituições, que se não tratadas de forma adequada podem ocasionar o processo de vitimização secundária. Ao passo que ao ser colocada perante novas autoridades para narrar os fatos, a vítima motivada pelo sentimento de vergonha e constrangimento pode narrar novas versões do fato. Enquanto que a segunda, constitui sentimento de culpa inconsciente, em que a vítima se considera tão responsável quanto o agressor pelo delito que sofreu.

Com a influência da cultura do estupro presente na sociedade, a vítima sofre os processos de vitimização secundária e terciária diversas vezes. Há o julgamento moral que operadores do direito, por vezes despreparados para tal situação realizam e, em seu círculo social, em que familiares e amigos tentam buscar justificativas na conduta da vítima que ocasionaram o ilícito penal.

Ante a supremacia de uma sociedade machista e misógina, são questionados os comportamentos da vítima, enquanto que a conduta do agressor é naturalizada. São realizados discursos de que é da natureza masculina, a dificuldade de controlar seus instintos e desejos sexuais e, portanto, a mulher deveria adotar atitudes que evitassem chamar a atenção ou provocá-los.

Baseando-se na cultura do estupro, a sociedade questiona a vestimenta da vítima, o local em que ela se encontrava no momento do ato, sua vida sexual pregressa e se estava acompanhada. Tem-se a convicção de que a vítima provocou

30 VIANA. op. cit. p.171

o agressor para o cometimento do ato ou que na verdade ela consentiu e estava fazendo apenas um jogo de sedução.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, ao realizar o presente trabalho de pesquisa, constatou-se a ocorrência de julgamento moral das vítimas em crimes sexuais exteriorizado pelos processos de vitimização, baseado na cultura do estupro por influência de uma sociedade machista, patriarcal e misógina. Portanto, em que pese este tema ter sido abordado em outras pesquisas, é de suma importância sua análise para calcular a dimensão desta influência, os danos causados e realizar a conscientização da sociedade acerca do assunto.

Deste modo, a pesquisa possuiu como objetivo geral analisar e compreender o alcance da cultura do estupro nas vítimas de delitos sexuais. Constata-se que tal objetivo fora atendido porque efetivamente o presente trabalho conseguiu identificar que de fato existe uma cultura de estupro no país e sua influência promove grande impacto negativo nas vítimas de crimes contra a dignidade sexual.

O objetivo específico inicial era analisar o conceito de processo de vitimização, como ocorre e as síndromes vitimológicas advindas do delito sofrido. Portanto, demonstrou-se a importância da utilização do estudo da criminologia e vitimologia para classificar este processo a fim de se entender os traumas físicos e psicológicos sofridos pela pessoa agredida sexualmente.

Este objetivo foi atendido, pois constatou-se que há três classificações de processo de vitimização: primária, secundária e terciária. No primeiro caso, verifica-se o processo de vitimização ocorrido entre a vítima e seu agressor mediante a prática do ilícito penal. No segundo caso, há sobrevivência da vítima por tratamentos burocráticos estatais realizados por operadores do direito que despreparados psicologicamente para este tipo de atendimento, colocam em dúvida o depoimento da ofendida. No terceiro caso, consiste na humilhação sofrida pela vítima em seu convívio social por familiares e amigos. Nesta hipótese, a vítima é hostilizada e ridicularizada por seus entes que a excluem de seu convívio por ter sido violentada sexualmente.

Conclui-se que é necessária a criação de políticas públicas por meio de legislações que visem procedimentos específicos, a fim de que se evite a ocorrência do processo de vitimização secundária em que a vítima revive os traumas sofridos, e por isso, é desestimulada a procurar meios de persecução penal para o julgamento de seu agressor.

Em decorrência disto, o segundo objetivo específico era analisar a ocorrência de cifras negras nos delitos sexuais. Tal finalidade foi atendida vez que se constatou pelo presente trabalho que as vítimas de crimes contra a dignidade

sexual na maioria das vezes decidem não denunciar o crime sofrido às autoridades policiais.

Restou claro que é imprescindível a adoção com efetivo cumprimento de mais políticas especializadas que visem o combate à discriminação contra a mulher para que ocorra a conscientização da sociedade de que existe uma cultura do estupro que deve ser extirpada.

A presente pesquisa partiu da hipótese básica de que a principal motivação para a ocorrência do processo de vitimização secundária e terciária nos crimes sexuais poderia ocorrer por influências de uma cultura do estupro existente na sociedade ante o comportamento machista e misógino dos indivíduos.

Durante o trabalho verificou-se que a cultura do estupro impacta significativamente na vítima que é julgada e hostilizada pela sociedade ao ser culpabilizada pelo delito cometido, enquanto a atitude de seu agressor é vista como justificável ante comportamentos anteriores adotados pela ofendida. Em decorrência disto, a vítima vê-se desestimulada a prosseguir com sua vida normalmente, denunciar seu agressor e adquire diversas síndromes vitimológicas perante os traumas físicos e psicológicos sofridos.

O problema inicial proposto era analisar quais seriam os principais fatores para a popularização do estupro e a ocorrência do julgamento moral da vítima. Tal questionamento foi respondido pela demonstração da grande influência da cultura do estupro na sociedade pela veiculação de atitudes que realizam a objetivação do corpo da mulher.

Deste modo, restou-se claro que há a ideia de que a mulher fora criada única e exclusivamente para servir os desejos e instintos sexuais masculinos e não como um ser de direitos e deveres que merecem ser respeitados, inclusive no que tange sua dignidade sexual para escolher livremente seus parceiros.

Por ser um tema relativamente novo no mundo acadêmico e pouco abordado nas instituições, ocorreu certa limitação e dificuldade para encontrar vasto material bibliográfico disponível para consulta.

Recomenda-se a estimulação de doutrinadores e operadores do direito para criarem mais doutrinas acerca do tema de cultura do estupro e, enquanto isso, faz-se necessário recorrer na maior parte das vezes, a artigos científicos disponíveis em sites de pesquisa confiável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14/05/2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=S%DAMULA+593&cb=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22/05/2023

CAMPOS, Carmem Hein de et al. **Cultura do estupro ou cultura antiestupro?**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 981-1006, set-dez. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-0981.pdf>. Acesso em: 02/06/2023

ENGEL, Cíntia Liara. **As atualizações e a persistência da cultura do estupro no Brasil**. Texto para Discussão 2339, Rio de Janeiro, out. 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2339.pdf. Acesso em: 02/06/2023

FAYET, Fábio Agne. **O delito de estupro**. 1. ed. – *versão eletrônica* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em Confronto: Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo**. Brasília: Serie Antropológica. V. 284, 2000, p 1-19. Disponível em <http://dan.unb.br/images/doc/Serie284empdf.pdf>. Acesso em: 14/05/2023

MEDEIROS, Letícia. **Como assim, cultura do estupro?**. jun. 2016. Disponível em: https://www.politize.com.br/cultura-do-estupro-como-assim/?utm_campaign=info_cultura_do_estupro&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em: 17/05/2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. – 1. ed. – *versão eletrônica* – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONU BRASIL. Movimento EllesPorElas (HeForShe) – Organização das Nações Unidas Mulheres pela Igualdade de Gênero. **Porque falamos de cultura do estupro?**. Publicado em: 31 mai. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/>. Acesso em: 22/05/2023

PASCHOAL, Nohara. **O estupro: uma perspectiva vitimológica**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROSSI, Giovana. **A culpabilização da vítima no crime de estupro: os estereótipos de gênero e o mito da imparcialidade jurídica**. – 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SOUSA, Renata Floriano de. Cultura do Estupro – A prática implícita de incitação à violência sexual contra mulheres. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 09-29, fev. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/48512/33659>. Acesso em: 14/05/2023

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. **Criminologia: teoria e prática**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Niterói: Impetus, 2015.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são os direitos humanos das mulheres**. 1. ed. *e-book* – Tatuapé: Brasiliense, 2017.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é a violência contra a mulher**. 1. ed. *e-book* – Tatuapé: Brasiliense, 2017.

VIANA, Eduardo, **Criminologia**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

COLABORAÇÃO PREMIADA E AUTORITARISMO JUDICIAL: A INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS ACORDOS CELEBRADOS NO CURSO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

GUSTAVO CASTILIO MARQUES¹

1. INTRODUÇÃO

O direito consolidou-se como o principal instrumento de repressão e prevenção às condutas nocivas à ordem e à paz social. É, primordialmente, meio de repressão, tendo em vista seu surgimento e desenvolvimento decorrer da experiência da criminalidade, e, também, meio de prevenção às práticas delitivas, mediante o desenvolvimento dos mecanismos de coibição às infrações penais, como a privação da liberdade, a restrição de direitos do infrator e, ainda, a obrigação de reparar o dano causado ao bem jurídico tutelado pela legislação penal.

A evolução do direito, portanto, através do enrijecimento legislativo e de maiores investimentos financeiros nas instituições responsáveis pela garantia da segurança pública, decorre do fortalecimento do crime e da sua perpetuação na sociedade, especialmente a partir do surgimento das organizações criminosas, atualmente definidas no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 1º, § 1º, da Lei 12.850/13:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Diante da complexidade de sua estrutura organizacional e dinâmica de funcionamento, as autoridades policiais e o Poder Judiciário enfrentam enormes dificuldades no combate às organizações criminosas sem qualquer tipo de informação interna, obtida por meio de agentes infiltrados, ou pelos próprios inte-

1 Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

grantes do grupo. Neste cenário, a colaboração premiada desenvolveu-se como um importante instrumento do direito processual penal no combate ao crime organizado.

Muito embora seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro tenha ocorrido no início do século XVII, a colaboração premiada somente foi devidamente regulamentada em 2013, pela Lei das Organizações Criminosas, com redação posteriormente alterada pela lei 13.964/19, popularmente nomeada de “pacote anticrime”. Isto porque, a discussão ética a respeito da sua aplicação como instrumento do direito processual penal é objeto de divergência entre juristas, políticos e, inclusive, cidadãos, em razão da institucionalização da recompensa estatal ao traidor, figura repugnada pela sociedade brasileira em todas as esferas sociais.

A partir da exposição midiática da operação Lava Jato, realizada pela Polícia Federal em 2014, responsável pela deflagração de esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro praticados por políticos, empresários e doleiros, envolvendo vultosos contratos irregulares celebrados entre as principais empreiteiras do Brasil e a Petrobrás, a delação premiada, uma das espécies da colaboração premiada, conquistou os holofotes da imprensa e o interesse da população brasileira sobre o tema.

Inobstante a promulgação da Lei 12.850/13, os acordos de colaboração premiada celebrados no curso das investigações da operação Lava Jato evidenciaram a extrapolação da atuação do Poder Judiciário no combate ao crime organizado, justificada pela alta reprovabilidade social das infrações penais apuradas. Neste contexto, em que pese a consolidação do Brasil como Estado Democrático de Direito, o desrespeito aos princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 reforçou a natureza autoritária do sistema judiciário brasileiro.

Portanto, buscou-se analisar a eventual necessidade de aperfeiçoamento legislativo ou a elaboração de outros meios de prevenção à discricionariedade exacerbada do Poder Judiciário na aplicação da colaboração premiada no combate às organizações criminosas.

2. O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A concepção de colaboração premiada surgiu em nosso ordenamento jurídico em 11 de janeiro de 1603, a partir do início da vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, um conjunto de leis promulgadas pelo Rei Felipe II, cujas penas mais severas condenavam o acusado à morte. Importante destacar o autoritarismo do Estado e a natureza inquisitorial do direito processual penal da

época, não havendo garantia ao devido processo legal, tampouco à ampla defesa e ao contraditório, sendo legítima, inclusive, a tortura como meio de extrair a confissão do acusado e coagi-lo a colaborar com as autoridades.

O Código Filipino, como também era chamado, em seu Livro V, Título VI, item 12, normatizou a ideia de colaboração premiada ao conceder o perdão Real ao indivíduo que, não sendo o idealizador do crime delatado, descobrisse e denunciasse eventual traição ou conspiração contra a pessoa do Rei, antes do seu conhecimento:

E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem sejam descoberto, elle o descobrir, merece perdão.

E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação.

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por comettedor do crime de Lesa Majestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber.²³

Para os crimes de falsificação de moedas, o Livro V, Título XII, item 4, das Ordenações Filipinas, previa a recompensa onerosa ao delator com uma parcela dos bens confiscados pelas autoridades:

E todo o que cercear moeda de ouro, ou de prata, ou a diminuir, ou corromper per qualquer maneira, se as cerceaduras, ou a diminuição, que assi tirar, quer juntamente, quer por partes, valerem mil reais, morra por isso morte natural, e perca todos seus bens, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar.⁴⁵

Passados quase dois séculos, na década de 1780, a colaboração premiada seria fundamental para a Coroa Portuguesa na repressão às conspirações separatistas da Inconfidência Mineira. A indignação da elite da capitania hereditária de Minas Gerais com o aumento excessivo dos impostos cobrados por Portugal para reconstrução de sua capital, Lisboa, uniu pessoas das mais diversas classes sociais

2 ALMEIDA, Candido Mendes de, 1818-1881. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Livro V.** p. 1154

3 Tradução: E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rei, se logo sem algum espaço, e antes que por outro seja descoberto, ele o descobrir, merece perdão.
E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se ele não foi o principal tratador desse conselho e confederação.

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois por espaço de tempo, antes que o Rei seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já por outro descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por comettedor do crime de Lesa Majestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rei já sabia, ou estava de maneira para o não poder deixar de saber

4 ALMEIDA, Candido Mendes de, 1818-1881. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Livro V.** p. 1161

5 Tradução: E todo o que cercear moeda de ouro, ou de prata, ou a diminuir, ou corromper per qualquer maneira, se as cerceadoras, ou a diminuição, que assim tirar, quer juntamente, quer por partes, valerem mil reais, morra por isso morte natural, e perca todos seus bens, a metade para nossa Câmara, e a outra para quem o acusar

na revolta contra os portugueses, com o intuito de expulsá-los e proclamar uma República independente. No entanto, após denúncias realizadas por integrantes do movimento, em troca do perdão de dívidas com a Coroa, deu-se início às prisões e interrogatórios dos participantes do levante orquestrado, culminando na condenação à morte por enforcamento do seu principal líder, Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes.

A colaboração premiada, então, por muitos anos, foi duramente criticada pelo conceito de premiar a traição e estimular a deslealdade e a falta de companheirismo, condutas reprováveis perante a sociedade. Logo, foi formalmente extinta do ordenamento jurídico brasileiro, retornando tão somente após mais de um século, na disposição do artigo 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, com a seguinte redação: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Posteriormente, diversos dispositivos legais abordaram a colaboração premiada, como a Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária (8.137/90), a Lei da Lavagem de Dinheiro (9.613/98), a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (9.087/99) e a Lei de Drogas (11.343/06). No entanto, a falta de profundidade do legislador na regulamentação da colaboração premiada levantou uma série de questionamentos quanto à sua aplicação. Quais os direitos do colaborador? Quem seria o responsável pela proposição do acordo? Qual o papel do magistrado nas tratativas?

A ausência de requisitos e critérios objetivos delimitados em lei criava oportunidades para a subjetividade e a discricionariedade acentuada do Estado. Diante da evolução e fortalecimento do crime organizado, com a dificuldade de controle e repressão às facções criminosas, revelou-se necessário delimitar a atuação das autoridades policiais e do Poder Judiciário, a fim de evitar a extrapolação da discricionariedade estatal e garantir os direitos fundamentais do colaborador, bem como a legalidade dos acordos celebrados.

Neste contexto, em 2 de agosto de 2013, foi promulgada a Lei das Organizações Criminosas, com redação posteriormente alterada pela Lei 13.964/19, a qual supriu a deficiência legislativa da colaboração premiada e a elencou como um dos meios de obtenção da prova na persecução penal. Sua aplicação foi regulamentada entre os artigos 3º-A e 7º, sendo delimitados os direitos e deveres das partes envolvidas nas tratativas do acordo, bem como definidos os requisitos legais para sua homologação.

O legislador então definiu a colaboração premiada como meio de obtenção de prova no processo penal, considerando-a um instrumento para alcançar a prova material *in si*. Tal entendimento foi amplamente consolidado na doutrina

e na jurisprudência brasileira. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nas palavras do Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso de Habeas Corpus 219.193, houve por bem atribuir à colaboração premiada a condição de instrumento de natureza jurídica dupla, pois, além de meio de obtenção de prova, seria também negócio jurídico processual.

Por seu turno, o Acordo de Colaboração Premiada revela dupla função: (1) de negócio jurídico processual, entre órgão de persecução penal e colaborador, prevendo direitos e deveres a serem observados pelas partes, excluída a intervenção de terceiros, e (2) de meio de obtenção de prova, fornecendo informações de crimes praticados pelo Delator em concurso de agentes, mediante apresentação de elementos de corroboração dos fatos criminosos narrados, com repercussão na esfera jurídica dos Delatados.⁶

Assim, para sua homologação em juízo, revela-se imprescindível a observância dos pressupostos de existência, validade e eficácia. A colaboração premiada, portanto, deve ser oferecida pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia, com a manifestação do *Parquet*, ao investigado ou acusado, na presença de seu defensor, sem a interferência do magistrado, o qual será responsável tão somente por averiguar a legalidade dos termos ajustados entre as partes e, em casos de não serem constatadas irregularidades, homologar o acordo celebrado.

Ademais, toda a negociação realizada entre o Ministério Público e o colaborador deverá considerar a consciência da realidade e a liberdade de escolha, sem deliberada má-fé e com objeto lícito, possível e determinado ou determinável, sendo o colaborador acompanhado de seu defensor em todas as fases de tratativas do acordo.

Não suficiente, as informações fornecidas pelo colaborador devem ser eficazes para promover o desmantelamento da organização, a prevenção de novas práticas criminosas pelo grupo, a recuperação total ou parcial de produto ou proveito de crime, ou, ainda, a localização de eventual vítima de cárcere privado com a sua integridade física preservada. A colaboração ineficaz jamais será premiada, inobstante a boa-fé e a veracidade das informações fornecidas pelo colaborador.

O direito processual penal brasileiro desenvolveu-se a partir das influências do sistema inquisitorial, conforme já abordado por este autor. Em vista disso, o legislador incumbiu ao juiz a responsabilidade de averiguar a regularidade e a legalidade do acordo de colaboração premiada, bem como o dever de adequar os benefícios premiais pactuados e os resultados mínimos esperados do colaborador, quando celebrados em desacordo com os requisitos legais.

Diante disso, consoante a disposição legal do artigo 4º, § 7º, inciso IV, da Lei 12.850/13, o magistrado deverá observar a voluntariedade do colaborador

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 219.193. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Primeira Turma. Relator Min. LUIZ FUX. Julgado em 08/11/2022. Publicado em 11/11/2022.

como condição imprescindível à homologação do acordo de colaboração premiada, principalmente quando, durante as tratativas, o agente encontra-se preso cautelarmente. Isto porque, as informações do colaborador devem ser colhidas sem coação da autoridade policial ou judiciária, em respeito ao princípio da legalidade, à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal.

É forçoso ressaltar que a concepção de voluntariedade não deve ser confundida com a espontaneidade, tendo em vista tratar-se de conceitos diferentes. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, a espontaneidade pressupõe a intenção do ato partindo do próprio indivíduo, sem interferências externas. A voluntariedade, por sua vez, traduz-se na livre manifestação da vontade do agente, inclusive, admitindo-se interferências externas, contudo, sem qualquer tipo de coação, seja física, moral ou mental, prevalecendo, assim, o seu desejo:

A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada.⁷

Sendo assim, o indivíduo preso poderá ser convencido pela autoridade policial ou pelo Ministério Público a celebrar acordo de colaboração premiada, entretanto, este será nulo quando o magistrado verificar a existência de coação do colaborador para sua celebração, em respeito aos direitos fundamentais e ao devido processo legal. O juiz, como garantidor da legalidade dos atos judiciais, jamais poderá decretar prisão preventiva como meio de “incentivar” o agente a celebrar o acordo de colaboração premiada, sob pena de evidente ilegalidade e extrapolação de seus poderes.

3. DA PRISÃO PREVENTIVA E DA TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

O cabimento da prisão preventiva está previsto no artigo 311 do Código de Processo Penal. O legislador possibilitou a decretação da medida cautelar em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal, no entanto, tão somente mediante requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante. Não se admite, portanto, a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O artigo 312, do referido diploma legal, determina os requisitos necessários para tanto:

7 BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal econômico*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 720

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.

Nota-se, na redação atual, dada pela Lei 13.964/19, o cuidado do legislador em condicionar a prisão preventiva ao *periculum libertatis* do agente, ou seja, ao perigo gerado à sociedade pela garantia do direito de liberdade do indivíduo. Não basta, portanto, a mera existência do crime e dos indícios suficientes de autoria.

A Carta Magna assegura a todos os cidadãos a presunção de inocência, a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos fundamentais que devem ser respeitados no âmbito do processo penal. Desse modo, a prisão cautelar somente será decretada quando preenchidos os requisitos legais e não houver outro meio menos gravoso ao indivíduo de se garantir a ordem pública, a ordem econômica ou a conveniência da instrução criminal, em razão da periculosidade do agente.

Nas lições de Aury Lopes Jr., destaca-se a relevância do *periculum libertatis* na decretação da prisão preventiva:

Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.⁸

À época do surgimento da concepção de colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, os meios de tortura eram legitimados pelo próprio Estado para coagir o acusado a fornecer informações capazes de revelar os responsáveis pelos crimes já praticados ou em vias de serem cometidos, a fim de recuperar os proveitos ilícitos ou prevenir a consumação da infração penal. O direito contemporâneo, por seu turno, não admite a tortura como instrumento da persecução penal, contudo, além de garantir a integridade física do indivíduo, deve-se coibir, com a mesma intensidade, as torturas psicológicas realizadas a partir da decretação de prisões ilegais como meio de “estimular” a colaboração do indivíduo.

Através da normatização do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal houve por bem garantir as necessidades vitais de cada cidadão, por meio do respeito, da igualdade e da liberdade. Isto é, além da li-

8 JÚNIOR, Aury L. **Prisões cautelares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. p. 45

berdade física, regulamentada pelo direito de ir e vir, é fundamental a garantia da livre manifestação da vontade, tendo em vista a dignidade tratar-se de direito intrínseco ao ser humano, conforme doutrina Ministro Alexandre de Moraes, afirmando-se como fundamento basilar de um Estado Democrático de Direito:

a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e às garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.⁹

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana pressupõe não somente a garantia da liberdade física, mas psíquica do indivíduo. Isto posto, a prisão preventiva somente deverá ser decretada em caráter excepcional, quando não há medida cautelar diversa e menos gravosa ao acusado capaz de proteger a sociedade de suas condutas. A banalização da privação da liberdade individual, como meio de forçar a colaboração premiada, torna nulo o acordo celebrado, em razão da ausência dos requisitos mínimos legais e do abuso de autoridade do Poder Judiciário.

Para Marta Saad, a prisão preventiva gera constrangimento ao direito fundamental da liberdade de ir e vir, logo, dever aplicada como medida excepcional. Segundo a autora, a garantia da presunção de inocência é a regra no curso da persecução penal, sendo inadmitida qualquer punição ou ato do Poder Judiciário que atribua culpabilidade ao indivíduo:

O Código de Processo Penal prevê, no Título IX, medidas cautelares de supressão de liberdade. Especificamente no tocante à prisão preventiva, decretada no curso do processo, somente encontra justificação, ante a presunção de inocência, “na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”.

Medida excepcional que ostenta constrangimento à liberdade de ir e vir, a prisão processual deve necessariamente ser cautelar. E é exatamente, e tão-só, na cautelaridade que se encontra justificativa para a coexistência da prisão decretada no curso do processo e o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República e no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, como ensina Antonio Magalhães Gomes Filo, existe uma dimensão da presunção de inocência como regra de tratamento do acusado durante todo o transcurso do processo. Por isso, antes da condenação definitiva, é intolerável qualquer punição antecipada ou qualquer medida que importe reconhecimento prévio da culpabilidade.¹⁰

9 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Barueri: Grupo GEN, 2023. p. 17

10 MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho**. [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p.268

Conforme abordado anteriormente, o artigo 4º, § 7º, inciso IV, da Lei 12.850/13, elenca a voluntariedade do colaborador como requisito fundamental para a validade do acordo de colaboração premiada. Logo, o indivíduo deve decidir colaborar com a justiça livre de qualquer tipo de coação.

Para Luiz Regis Prado e Diego Pezzi Santos, o uso da prisão preventiva como ferramenta para a celebração de acordo de colaboração premiada extrapola a natureza da medida cautelar e configura abuso de poder.

Uma circunstância a se repensar é a da prisão com finalidade de colher dado, indício ou prova via colaboração premiada. Além da falta de previsão legal, tal medida esbarra em um problema técnico brutal.

Dentre as hipóteses prisionais, não há motivo de prisão processual para realização de acordo de colaboração premiada ou de fornecimento de provas. Inclusive, esse uso prisional está em oposição ao direito de produzir provas contra si mesmo, ao princípio da legalidade e ao direito à liberdade por utilização, além de tudo, imoral do ser humano como meio e não como fim.

Inclusive, pode-se pensar na obtenção da delação premiada como item conveniente à instrução criminal. No entanto, é, sem dúvida, caso de abuso de poder e de desvirtuamento da natureza excepcional da prisão preventiva que reduz a liberdade como direito fundamental em nome de uma ponderação estranha com o abstrato direito à segurança.¹¹

No curso da operação Lava Jato, entretanto, diversas prisões preventivas foram decretadas com o intuito de forçar os envolvidos a colaborarem com as investigações, trazendo à baila discussões quanto à constitucionalidade da aplicação deste instrumento do direito processual penal no ordenamento jurídico brasileiro.

4. DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

Um ano após as manifestações populares de 2013, diante da insatisfação geral com o cenário político brasileiro, a Polícia Federal deu início à operação Lava Jato, responsável pela deflagração de esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro em contratos milionários envolvendo políticos, empresários e doleiros, bem como empreiteiras renomadas no cenário nacional e a Petrobrás, principal estatal do país.

Diante de tamanha exposição midiática, os termos “colaboração premiada” e “delação premiada” foram impulsionados pelos grandes veículos de comunicação, o que, no entendimento de Alexandre Morais da Rosa, contribuiu para o crescimento do interesse da opinião popular sobre o tema.

O que se pode dizer, de qualquer modo, é que se não fosse a Operação Lava Jato, provavelmente não haveria tanto interesse por esse novo instrumento de colaboração com a Justiça;

11 PRADO, Luiz R.; SANTOS, Diego P. **Prisão Preventiva - A Contramão da Modernidade**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 169

A agitação causada se dá pelo colossal envolvimento de investigados/acusados do colarinho branco, da cobertura social, criados e mantidos pelo ambiente de clientelismo e corrupção.¹²

A insatisfação da população brasileira com a grande quantidade de políticos envolvidos nos casos de corrupção deflagrados camuflou as extrapolações do Poder Judiciário na aplicação da colaboração premiada na operação Lava Jato, justificadas pelo grave dano das condutas ilícitas à sociedade e ao Estado brasileiro. A decretação de prisões preventivas, então, tornou-se o instrumento utilizado por juízes para coagir empresários e políticos investigados a delatar os demais responsáveis pelos crimes praticados.

Neste cenário, Paulo Roberto da Costa, engenheiro e ex-diretor da Petrobrás, tornou-se o primeiro delator da operação Lava Jato após ser preso pela segunda vez. Nesta oportunidade, detalhou aos policiais federais os esquemas de corrupção e revelou os métodos de distribuição de recursos desviados da Petrobrás.

Importante esclarecer que não há um momento específico para a proposição do acordo pelo Ministério Público. A colaboração premiada poderá ser oferecida antes da denúncia, durante a persecução penal ou até mesmo após a sentença condenatória.

Conforme já abordado no presente trabalho, a prisão preventiva somente será decretada quando não houver outra medida cautelar capaz de garantir a ordem pública, a ordem econômica ou a conveniência da instrução penal, considerando o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* do indivíduo. Em que pese bem demonstrado o grave dano à ordem econômica no curso das investigações da operação Lavas Jato, não se verificou o risco gerado à sociedade pela liberdade dos seus envolvidos, os quais poderiam dispor de medidas cautelares diversas da prisão, considerando a superpopulação carcerária do Brasil e o princípio da proporcionalidade.

No entanto, o clamor popular pela punição dos envolvidos e a efetividade das delações premiadas nas investigações acentuaram a decretação de prisões preventivas pelo Poder Judiciário, a partir das quais foram celebrados diversos acordos de colaboração premiada contendo cláusulas de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas.

Este foi o caso de Eduardo Hermelino Leite e Dalton do Santos Avancini, executivos da empreiteira Camargo Correa, que originou o Habeas Corpus 127.186/PR. Em seu julgamento, o saudoso Ministro Teori Zavascki declarou a prisão preventiva como meio de obtenção de acordo de colaboração premiada

12 ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Volume único.** 2ª ed. Florianópolis: Editora Emais, 2019. p. 20.

uma afronta aos princípios fundamentais e basilares da Constituição Federal de 1988.

É certo que não consta ter o paciente se disposto a realizar colaboração premiada, como ocorreu em relação aos outros. Todavia, essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, caput e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.¹³

As colaborações premiadas celebradas no decorrer da operação Lava Jato possibilitaram a recuperação de bilhões de reais aos cofres públicos, motivo pelo qual o Poder Judiciário buscou, a todo o custo, celebrar os acordos firmados. Segundo dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal¹⁴, somente os acordos de colaboração premiada celebrados pela Justiça Federal do Rio de Janeiro foram responsáveis pelo ressarcimento da quantia de R\$ 3.870.976.793,77 (três bilhões, oitocentos e setenta milhões, novecentos e setenta e seis mil, setecentos e noventa e três reais e setenta e sete centavos).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus 127.483/PR, esclareceu que a prisão preventiva decretada legalmente, por si só, não invalida o acordo de colaboração premiada celebrado durante o período em que o colaborador esteve preso. Por outro lado, a prisão preventiva decretada com inobservância aos requisitos legais gera constrangimento ao investigado, o qual, nesta situação, não é capaz de exercer sua livre manifestação da vontade:

Penso que a colaboração premiada, mais conhecida como delação premiada, tem natureza eminentemente contratual ou negocial, como bem afirma o Relator, Ministro Dias Toffoli.

Ela possui o caráter de uma transação processual, que pressupõe que o ato seja celebrado com respeito à autonomia da vontade das partes envolvidas, sobretudo a do delator. Quer dizer, é preciso que ela seja livre de quaisquer vícios que possam distorcê-la. Vícios da vontade, unanimemente reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, são, dentre outros, os seguintes: erro; dolo; coação; medo; ou incapacidade acidental.

De outra parte, também entendo, tal como o Relator, que, se a delação foi feita durante o período em que o delator se encontra na prisão, seja temporária, seja preventiva, tal circunstância, por si só, não a anula necessariamente, pois ela - a prisão, desde que legalmente decretada, não tem o condão de viciar a sua vontade.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.186/PR. HABEAS CORPUS. Segunda Turma. Relator Min. TEORI ZAVASCKI. Julgado em 28/04/2015. Publicado em 03/08/2015.

14 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato - Resultados**. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

Em outras palavras, se a prisão for decretada sem observância dos requisitos processuais, a meu ver, o delator encontrava-se submetido a constrangimento ilegal, impossibilitado, pois, de expressar a sua vontade livremente.¹⁵

Desse modo, a conduta adotada pelo Poder Judiciário no decurso das investigações da operação Lava Jato evidenciou o caráter autoritário estrutural do sistema processual penal brasileiro, o qual, quando convém, desconsidera o devido processo legal e os direitos fundamentais do acusado para atingir o fim esperado, seja a confissão, a condenação ou a colaboração premiada. Para Guilherme de Souza Nucci, o fenômeno da banalização das prisões preventivas como mecanismo de coação para a celebração de acordo de colaboração premiada é um risco não apenas ao processo penal, mas aos pressupostos norteadores de um Estado Democrático de Direito:

Se determinado indiciado, com provas evidentes, precisa ser cautelarmente detido, decreta-se a prisão preventiva, mas jamais condicionando-a à colaboração premiada. Isso é barganha vexatória para o processo penal democrático. Noutros termos: se Fulano precisa ser preso, pois perturba a ordem pública ou econômica (ou preenche outro fator previsto no art. 312 do CPP), assim é decretado; porém, no dia seguinte, Fulano concorda em delatar cúmplices; subitamente, é solto porque não haveria mais perigo à ordem pública ou econômica. Ora, esse raciocínio é pura tergiversação no campo lógico. Existente o perigo de mantê-lo solto, Fulano há de ficar preso até o final de instrução, colaborando ou não. Entretanto, não existente o perigo à ordem pública ou econômica, Fulano não deve ser preso cautelarmente.

O juiz que concordar com a prisão preventiva em formato de pressão para delatar simplesmente descumpra seus deveres de magistrado e passa a atuar como juiz-inquisidor, perdendo a sua imparcialidade.

Uma coisa é absolutamente certa: é muito difícil combater a corrupção e o crime organizado; porém, mais difícil ainda é manter vigentes os pressupostos básicos do Estado Democrático de Direito. Somente quem já viveu, um dia, sob a opressão estatal pode aquilatar a imensa vantagem do culto às liberdades públicas. Sob outro aspecto, combate-se a corrupção com leis eficientes e profissionais equilibrados e preparados.¹⁶

5. DA DISCUSSÃO ÉTICA E CONSTITUCIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

É inegável a efetividade da colaboração premiada como instrumento do processo penal no combate ao crime organizado, em razão da sua complexidade estrutural e dificuldade de atingir seus líderes por outros meios de investigação. Durante a operação Lava Jato, os avanços nas investigações, as prisões dos principais líderes dos esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro e, inclusive, grande parte dos valores recuperados pela Justiça só foram possíveis por meio da celebração de acordos de colaboração premiada.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483/PR. HABEAS CORPUS. Tribunal Pleno. Relator Min. DIAS TOFFOLI. Julgado em 27/08/2015. Publicado em 04/02/2015.

16 NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 512.

No entanto, antigos debates éticos ressurgiram no mundo jurídico. Para parcela da doutrina, a legitimação da colaboração premiada significa institucionalizar a premiação ao delator e traduz o incentivo legal à traição. A doutrina majoritária, por sua vez, admite a aplicação da colaboração premiada como instrumento estatal legítimo no combate às organizações criminosas.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado”. O jurista defende a colaboração premiada, inclusive, como mais um dentre tantos outros mecanismos de combate às práticas criminosas:

A rejeição à ideia da colaboração premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos preciosos, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com regras próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A lei do silêncio, no universo criminoso, ainda é mais forte, pois o Estado não cumpriu sua parte, consistente em diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam nas mãos dos delatados.

Ademais, como exposto nos fatores positivos da delação, o arrependimento pode surgir, dando margem à confissão espontânea e, conseqüentemente, à delação. O prêmio deve emergir em lugar da pena, afinal, a regeneração do ser humano torna-se elemento fundamental, antes mesmo de se pensar no castigo merecido pela prática da infração penal. Cenas teatrais, barganhas misteriosas, delações falsas e todos os atos de vingança, sem qualquer utilidade efetiva, devem ser punidos com rigor.

Em suma, pensamos ser a colaboração premiada um instrumento útil, aliás, como tantos outros já utilizados, legalmente, pelo Estado, como, por exemplo, a interceptação telefônica, que fere a intimidade, em nome do combate ao crime.¹⁷

Deixar de aplicar a colaboração premiada em nome da ética, seria limitar a atuação do Poder Judiciário e beneficiar as organizações criminosas, permitindo seu fortalecimento e perpetuação na sociedade. O crime organizado possui ética própria e constitui-se como poder paralelo ao Estado, o qual seria conivente caso deixasse de aplicar as medidas cabíveis e efetivas para combatê-lo.

Por outro lado, em que pese os esforços em argumentar a inconstitucionalidade da colaboração premiada, a partir da renúncia dos direitos constitucionais ao silêncio e à não autoincriminação pelo colaborador, o legislador destacou a voluntariedade do agente como requisito fundamental para a homologação e validade do acordo. Além disso, a Lei 12.850/13 assegura ao colaborador o direito de ser acompanhado por seu defensor em todos os atos e fases de tratativas, a fim de evitar eventual inobservância aos princípios fundamentais.

Dessa forma, a colaboração premiada não se trata de instrumento obrigatório no curso da persecução penal, mas tão somente uma possibilidade ao

17 NUCCI, Guilherme de S. **Organização Criminosa**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 74 e 76

acusado, o qual, a partir do exercício da livre manifestação da vontade, poderá escolher colaborar com o Poder Judiciário e, em troca, beneficiar-se da redução da dosimetria da pena, da progressão de regime, do perdão judicial, dentre outros previstos em lei.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou evidenciar o autoritarismo estrutural enraizado em nosso Poder Judiciário a partir da análise da ilegalidade das prisões preventivas decretadas no decorrer da operação Lava Jato como meio de forçar a celebração de acordos de colaboração premiada. Inobstante os importantes avanços legislativos no âmbito dos direitos humanos, o caráter autoritário do sistema processual brasileiro resiste à normatização da garantia dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988.

Conforme demonstrado, a concepção de colaboração premiada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro durante o período colonial, quando a coação do acusado a partir dos meios de tortura era legitimada pela Coroa Portuguesa. No entanto, a consolidação do Brasil como Estado Democrático de Direito pressupõe a garantia do devido processo legal e dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Outrossim, não se pode alegar a falta de regulamentação da colaboração premiada, uma vez que a Lei das Organizações Criminosas estabelece os direitos e deveres das partes, bem como delimita a atuação do magistrado, a fim de garantir a observância dos requisitos legais para a homologação do acordo e a voluntariedade do colaborador.

A Carta Magna assegura a presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado da ação. Desse modo, a privação da liberdade mediante a decretação de prisão preventiva é exceção, e não regra no processo penal, portanto, quando decretadas com inobservância aos requisitos legais como meio de induzir o preso a colaborar com o Poder Judiciário, traduzem enorme risco ao Estado Democrático de Direito.

A exposição midiática e o clamor popular, no curso das investigações da operação Lava Jato, influenciaram determinados agentes públicos, os quais excederam os limites de suas funções no ímpeto de garantir a punição dos envolvidos nos esquemas de corrupção deflagrados. O Poder Judiciário, por sua vez, possui o dever de aplicar a lei com imparcialidade na garantia da ordem social, afastando-se da politização da sociedade em seus atos.

Conclui-se, portanto, que a celebração de acordos de colaboração premiada com inobservância ao devido processo legal e aos direitos fundamentais não decorre da ausência ou deficiência da legislação vigente, mas sim pela influência

do autoritarismo, presente na formação do Estado brasileiro, no entendimento dos aplicadores da lei penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Candido Mendes de, 1818-1881. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Livro V.** Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal econômico, v. 2.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos. Diário Oficial da União, 26 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Diário Oficial da União, 5 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.186/PR. HABEAS CORPUS. Segunda Turma. Relator Min. TEORI ZAVASCKI. Julgado em 28/04/2015. Publicado em 03/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483/PR. HABEAS CORPUS. Tribunal Pleno. Relator Min. DIAS TOFFOLI. Julgado em 27/08/2015. Publicado em 04/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 219.193. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Primeira Turma. Relator Min. LUIZ FUX. Julgado em 08/11/2022. Publicado em 11/11/2022.

JÚNIOR, Aury L. **Prisões cautelares.** São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho.** [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato - Resultados. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Barueri: Grupo GEN, 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Organização Criminosa.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

PRADO, Luiz R.; SANTOS, Diego P. **Prisão Preventiva - A Contramão da Modernidade.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Volume único. 2ª ed.** Florianópolis: Editora Emais, 2019

O JUIZ DE GARANTIAS COMO EFETIVAÇÃO DO PROCESSO ACUSATÓRIO NO BRASIL

JHONATAN FERNANDO FERREIRA¹

PEDRO PAGGI SIMÕES²

1. INTRODUÇÃO

Emerge na doutrina nacional a discussão acerca da natureza do processo penal brasileiro, isto é, se tal é um sistema acusatório ou inquisitivo. Apesar de haver um debate frequente sobre referida questão, a doutrina majoritária defende que o processo penal tem característica acusatória desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Fato é que a lei nº 13964/2019 fez incidir sob a seara penal, modificações importantes, as quais evidenciam ainda a mudança de paradigma do sistema processual adotado tanto na investigação quanto na instrução processual.

Nesses termos, a legislação indicada acima criou o juiz de garantias, o qual, dentre diversas funções, detém relevante atribuição de limitar a atuação dos magistrados na fase investigatória, com vistas a impedir eventual parcialidade quando do julgamento do mérito da causa.

Em que pese o esforço legislativo, logo após a promulgação do instituto sob comento, o Supremo Tribunal Federal recebeu quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) em menos de um mês após a promulgação da Lei 13.964/19, as quais questionam, dentre alguns pontos, a incompetência da União na imposição da atuação do juiz das garantias na fase de inquérito policial, violação dos princípios da razoável duração do processo e economia processual, a inviabilidade de adaptação dos Tribunais para a aplicação das novas regras em 30 dias, como previsto na lei e autorização ao juiz em trançar inquérito policial sem provocação prévia das partes. Ao analisar as referidas

1 Graduado e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, na condição de bolsista CAPES. Pós-Graduando em Processo Penal pela Faculdade Damásio. Integra como pesquisador na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) o Grupo de Pesquisa Conflitos armados, massacres e genocídios na era contemporânea. Integra como pesquisador na Universidade Presbiteriana Mackenzie os grupos de pesquisas: Penas de Curta Duração e Direito Penal Econômico e Justiça Internacional. Presidente do Comitê de Diversidades do Iokoi Advogados. Advogado Criminalista.

2 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisador com concentração nas áreas de Direito Penal e Processo Penal. Bolsista CAPES de Iniciação Científica.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o ministro do STF, Luiz Fux, deferiu a concessão das Medidas Cautelares nas ADI 's, suspendendo o instrumento do juiz das garantias.

Assim, no presente artigo será discutida a importância do Juiz de Garantias para a efetivação do processo acusatório, além de ser um instrumento para contenção do processo autoritário que se perdurou no Brasil, por décadas.

Nesse esteio, no primeiro capítulo, serão discutidas as principais características existentes no processo acusatório e inquisitivo, em ênfase as atribuições de cada figura processual.

Posteriormente, no segundo capítulo, será analisado o instituto do Juiz de Garantias e sua importância para a efetivação do processo acusatório, como forma de limitar o arbítrio do Juiz no processo penal, enaltecendo seu dever de imparcialidade.

Por fim, não menos importante, no terceiro capítulo, será observado o posicionamento da literatura acerca da viabilidade ou não da implementação do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2. DO PROCESSO INQUISTIVO E ACUSATÓRIO

Anteriormente à Carta Magna de 1988, o sistema inquisitivo era o qual regia e conduzia o Código de Processo Penal, permitindo ao magistrado atuar com maior discricionariedade. Vale dizer que, neste sistema, sua atividade probatória era exacerbada, de modo que o juiz era dotado de três funções: acusar, defender e julgar. Por óbvio que, por possuir atribuições opostas umas às outras, um pré-julgamento era realizado antes mesmo do juiz, ou “inquisidor”, ter contato com as provas do processo, não abrindo espaço ao acusado para sequer exercer seu contraditório. Em outras palavras, o sistema inquisitório consagrou um processo dotado de parcialidade, de modo que a pessoa na qual acusava e produzia provas, promovia o julgamento com base em provas que ela mesma havia produzido, e claro, tudo isso feito de ofício, ou seja, como lhe bem aprouvesse. Como se não bastasse tamanha barbárie, o processo era completamente sigiloso, com o intuito de esconder os abusos ali cometidos.

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, a fim de que não restassem dúvidas, o processo acusatório foi validado expressamente em seu art. 5º, LIV, o qual firmou que: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*:

Ao conceituar o sistema processual penal e suas distinções, a literatura traça características inerentes ao sistema acusatório e inquisitivo. A primeira delas está intimamente atrelada às funções desempenhadas pelo Magistrado. No siste-

ma inquisitivo o juiz tem as funções de investigar, acusar e julgar, enquanto, no processo acusatório há uma clara distinção entre as figuras processuais. Nesses moldes, Eduardo Moreira e Margarida Camargo, dissertam:

O Sistema Acusatório parte da divisão dos poderes distribuídos entre as figuras processuais: entretanto, existe um longo processo de construção do sistema, para se tornar puro e, conseqüentemente, contrário a todas práticas inquisitivas. Esta diferença de divisão dos poderes em torno das figuras processuais ou na concentração nas mãos do juiz é, sem dúvida, a diferença primária mais salientada entre o Sistema Acusatório e o Sistema Inquisitivo respectivamente³.

Nesse cotejo, em contraposição ao sistema inquisitivo, o sistema acusatório busca retirar o poder autoritário do julgador na medida em que há uma clara distinção de atribuições entre quem julga e quem acusa, isto é, há duas pessoas específicas para exercer cada função. Assim, por força dessa divisão de tarefas, o juiz passa a ser dotado de imparcialidade (em tese), uma vez que incumbe ao ente acusador iniciar a atividade probatória para satisfazer sua pretensão punitiva. Ademais, o acusado agora passa a ter a oportunidade de se defender, em até duas instâncias, do que lhe fora imputado, ao passo que todo processo terá um de seus pilares calcado no princípio da publicidade, isto é, os atos processuais serão públicos a fim de que ações arbitrárias sejam coibidas.⁴

Nesses moldes, Jacinto Coutinho enaltece o processo acusatório como meio de conter os excessos do magistrado na produção de provas, efetivando a separação das funções no processo penal, *in verbis*:

Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despciendo o órgão acusatório⁵.

Outra distinção substancial entre os sistemas processuais se refere à plenitude de defesa e seus meios. No sistema processual inquisitivo não há contraditório nem ampla defesa, uma vez que sua aplicação pura, sequer admitia defesa para o acusado. Em contrapartida, no sistema acusatório, parte-se da premissa da plenitude de defesa, de modo que o ordenamento jurídico prevê nulidades para os atos comprovadamente realizados em infringência aos princípios basilares, consagrados na Constituição Federal⁶.

Continuamente, outra distinção cunhada pela doutrina se refere ao tratamento proporcionado ao acusado. No sistema inquisitivo o réu é objeto do

3 MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, set./out., 2016. p. 5.

4 LOPES JR, Aury. Direito Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2020.p. 54/60.

5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, nº 183, jul./set. 2009. p. 111

6 MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, set./out., 2016. p. 5.

processo, de modo que o julgamento do juiz recai sobre sua conduta pregressa, e até mesmo sobre seu estado de espírito, fato que possibilita arbitrariedades e incertezas. Por sua vez, no processo acusatório, a decisão pela condenação ou absolvição se dá unicamente de acordo com os requisitos preenchidos em lei, de modo que a defesa se pauta em argumentos de cunho jurídico⁷.

Por fim, não menos importante, a última característica primária entre os sistemas, diz respeito à presunção de inocência do acusado, característica primordial do sistema acusatório. Diferentemente, o sistema inquisitivo age sobre o princípio da culpa, devendo o réu provar a sua inocência⁸.

Assim, em resumo do quantum exposto acima, pode se entender, conforme ensinamentos de Gustavo Badaró, que o processo acusatório é “a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com um direito de defesa e se converte em objeto do processo”⁹.

3. DA PREVISÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

Diante da evolução histórica no processo penal acusatório, o denominado Juiz das Garantias passou a ganhar destaque após o advento da Lei nº 13.964/19, mais conhecida como “Pacote Anti-Crime”, embora o instituto em questão seja objeto de debate anteriormente à sua promulgação.

Apesar da discussão a respeito do juiz das garantias ser embrionária no Brasil, os primeiros debates acerca do tema se iniciaram na Alemanha, mais precisamente em 1970. Com o passar dos anos, tendo em vista certa evolução no processo penal dos países democráticos ocidentais, a atenção à imparcialidade do julgador passou a ser cada vez maior de modo a frear atos autoritários presentes em determinado processo. Dentre algumas cortes internacionais, o Tribunal Constitucional da Espanha, Tribunal Constitucional da Itália, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e a Corte Europeia de Direitos Humanos já firmaram seu entendimento sobre o instrumento, com o intuito de assegurar a figura do denominado juiz-espectador e não do juiz-ator.¹⁰

Conforme apontado, no Brasil, a Lei nº 13.964/19, promoveu alterações substanciais ao Código de Processo Penal, o qual em seu art. 3º-A ao 3º-F, seguindo o texto constitucional de 1988, positivou o Juiz de Garantias:

7 MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 97, set./out., 2016. p. 05.

8 *Ibidem*, p. 5.

9 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p.109.

10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Juiz das garantias: bibliografia, legislação e jurisprudência temática / Supremo Tribunal Federal*. – 2. ed. -- Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 78/106.

Art. 3º-A O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

À luz disso, percebe-se que além da nova lei solidificar o entendimento de que o processo penal tem caráter acusatório, o juiz das garantias é trazido como instrumento efetivo para a concretização dos preceitos do processo acusatório. A partir de uma análise simples, o juiz das garantias é introduzido ao processo penal para atuar apenas durante a fase pré-processual, de modo a preservar as premissas do processo acusatório em um processo que venha a se tornar, eventualmente, processo.

Assim, por meio do artigo 3º B, do Código de Processo Penal, o legislador conferiu ao Juiz de Garantias diversas atribuições, com a finalidade de controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, sendo tais:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
 - c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
 - d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Em análise ao texto de lei colacionado acima, infere-se a criação da figura de dois juízes: o juiz de garantias e o juiz da instrução e julgamento, o qual possui suas funções determinadas por lei.

Nesse esteio, vê-se que o art. 3º-C da Lei 13.964/19 declara que a competência do juiz das garantias cessará a partir da denúncia formulada pelo Ministério Público, isso porque, a despeito do sistema acusatório instruir também a fase investigativa, o juiz que eventualmente decide sobre meios de obtenção de prova com intuito de satisfazer a preservação de possível elemento probatório, sem dúvidas que este já perdeu a sua imparcialidade para exercer sua função de julgador sem qualquer pré-julgamento formulado.

Sob este prisma, Aury Lopes disserta:

A redação, mesmo que façamos algumas críticas pontuais, representa uma evolução para o nosso atrasado processo penal inquisitório e repete aquela que estava no PLS 156/2009 (Projeto do CPP do Senado). Naquela época, foi foco de intensa discussão na Comissão, chegando-se nessa redação intermediária. É preciso recordar que um processo penal verdadeiramente acusatório assegura a radical separação das funções de acusar e julgar, mantendo a gestão e iniciativa probatória nas mãos das partes (e não do juiz). A observância do *ne procedat iudex ex officio*, marca indelével de um processo acusatório, que mantenha um Juiz-espectador e não juiz-ator, e que, assim, crie as condições de possibilidade para termos um “juiz imparcial”. É preciso que cada um ocupe o seu “lugar constitucionalmente demarcado” (clássica lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho), com o MP acusando e provando (a carga da prova é dele), a defesa

trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando. Simples? Nem tanto, basta ver que a estrutura inquisitória e a cultura inquisitória (fortíssima) faz com que se resista a essa estrutura dialética por vários motivos históricos, entre eles o mito da “busca da verdade real” e o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que faça justiça mesmo que o acusador não produza prova suficiente.¹¹

Assim, para o pleno exercício e funcionamento do sistema acusatório, o processo passará a ter um novo julgador após o recebimento da denúncia, visando afastar qualquer imparcialidade que poderia haver caso o juiz da fase investigativa continuasse conduzindo o processo até a fase decisória (sentença).

Conforme apontado por Vlândia Maria e Marcos Faleiros, o fundamento do Juiz de Garantias se funda na Teoria da Dissonância Cognitiva, a qual preceitua que “quando o ser humano toma uma decisão, os atos subsequentes tendem a confirmá-la, de modo a evitar o sentimento incômodo da dissonância cognitiva”¹².

Coadunando com o exposto acima, os estudiosos do tema defendem primordialmente que o juiz de garantias efetiva a estrutura acusatória do país, mantém a imparcialidade do juiz da causa e otimiza a atuação jurisdicional criminal. Nesses moldes, Larissa Marila Serrano aponta em sua dissertação de mestrado:

No Brasil o juiz das garantias também é idealizado como guardião da legalidade da investigação e como garantidor dos direitos fundamentais. A necessidade de sua instituição em nosso país está alicerçada, nos termos do anteprojeto, em três argumentos: a imperiosa adequação do papel desempenhado pelo juiz na investigação à estrutura acusatória proposta pelo Novo Código, manutenção da imparcialidade do juiz da causa com o seu distanciamento dos elementos colhidos na investigação e otimização da atuação jurisdicional criminal¹³.

Nesse contexto, a atuação de um juiz que atue exclusivamente na fase de investigação pode proporcionar além da imparcialidade do julgador, a otimização da atividade jurisdicional, uma vez que os trabalhos desenvolvidos pelos magistrados serão especializados.¹⁴

No tocante a dinamicidade do processo, o juiz das garantias promoverá o aperfeiçoamento da investigação: “portanto dentre as finalidades primazes do juiz das garantias estão a garantia de melhor cumprimento de vários direitos prometidos e assegurados pelo Estado quando da edição da Constituição e o aperfeiçoamento da investigação, tornando-o mais célere e eficiente”¹⁵.

11 LOPES JR, Aury. **Direito Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 66.

12 SOARES, Vlândia Maria de Moura; SILVA, Marcos Faleiros da Silva. Reflexões sobre o Juiz de Garantias: comentários à Lei 13.964/19. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 48, n.02, jul./dez., 2020. p. Disponível em: <<https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/56215/30472>>. Acesso em 02 de julho de 2023.

13 SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do Juiz das Garantias no Brasil: A superação da Tradição Inquisitória**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. p. 106.

14 GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 157

15 *Ibidem*, p. 159.

Ainda, sob o aspecto do aprimoramento do processo, Alessandra Dias Garcia, em sua dissertação de mestrado pela Universidade de São Paulo, enfatiza a aludida função do juiz de garantias:

Portanto, como se conclui da disposição do juiz das garantias e de sua competência no Projeto de Código de Processo Penal, a expectativa de aprimoramento do processo penal brasileiro após o seu advento está no fato de que se contará, a partir de então, com um órgão judiciário responsável exclusivamente pela tutela das inviolabilidades pessoais, cuja especialização no exame de questões atreladas à proteção da intimidade, privacidade e honra do cidadão otimizará a participação do juiz na fase preliminar da persecução penal¹⁶.

Conforme defesa perante a Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal, Isadora Arruda, secretária de Contencioso da Advocacia-Geral da União (AGU), defende que o modelo do juiz das garantias é uma experiência civilizatória bem sucedida. Ela sustentou que essa solução é discutida há muito tempo no país e que, por se tratar de norma processual, foi editada dentro da competência privativa da União. Acerca da alegação relativa ao impacto financeiro e de violação da autonomia dos estados, a Representante da AGU enfatizou que, conforme previsto na lei, o modo de implementação fica incumbido de cada tribunal, de acordo com as características locais.¹⁷.

4. DA VIABILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS

Recai sob o Juiz da Garantia a discussão acerca de sua constitucionalidade e a sua viabilidade, uma vez que o poder judiciário não teria infraestrutura suficiente para a implementação do instituto em todas as Varas.

Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal recebeu 04 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) em menos de um mês após a promulgação da Lei 13.964/19, as quais questionam, dentre alguns pontos, (i) a incompetência da União na imposição da atuação do juiz das garantias na fase de inquérito policial, (ii) violação dos princípios da razoável duração do processo e economia processual, (iii) a inviabilidade de adaptação dos Tribunais para a aplicação das novas regras em 30 dias, como previsto na lei e (iv) autorização ao juiz em trancar inquérito policial sem provocação prévia das partes. Ao analisar as referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o ministro do STF, Luiz Fux, deferiu a concessão das Medidas Cautelares nas ADI 's, suspendendo o instrumento do juiz das garantias.

16 GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 159.

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Juiz das garantias: partes e terceiros interessados apresentam argumentos em sessão no Plenário**. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508998&ori=1>>. Acesso em 20 de maio de 2023.

Nesse sentido, até a condução deste presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal não finalizou o julgamento acerca da constitucionalidade do instituto em comento, o qual encontra-se em regular trâmite.

Em que pese a ausência de decisão definitiva, no dia 15 de junho do corrente ano, Alberto Pavie Ribeiro, representante da Associação de Magistrados do Brasil (AMB) e da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), autoras da ADI 6298, em Sessão no Plenário, defenderam que as entidades não são contra o juiz das garantias, mas contra o modelo que, entre outros pontos, prevê sua implementação imediata¹⁸.

O deputado Caio Chaves Morau, representado o partido Cidadania, autor da (ADI 6299), argumentou a inexistência de estudo sobre o impacto financeiro das alterações legais e que a implementação representaria um gasto de R\$ 2,6 bilhões, que deixariam de ser aplicados em outras áreas. Representando o partido “Podemos”, também autor da ação, o jurista Joelson Dias ventilou a possibilidade de aumento de gastos e demora na tramitação do processo. De forma semelhante, o representante do partido União Brasil, autor da ADI 6300, Arthur Rollo, também pontou acerca da possibilidade do aumento de despesas, o qual não estaria previsto nos orçamentos dos tribunais¹⁹.

Em que pese a discussão travada na Suprema Corte, os estudiosos do tema apontam que a implementação do instituto diminuirá os processos movidos em face do poder judiciário, uma vez que uma ampla atuação do juiz natural pode acarretar sua parcialidade e, por consequência, gerar nulidades no processo, o que encarece o procedimento criminal, bem como oportuniza diversas indenizações às vítimas do aludido abuso estatal²⁰.

A respeito do tema, o Conselho Nacional de Justiça, a partir da Portaria nº 214, instituiu um grupo de trabalho visando desenvolver estudos relativos aos efeitos e impactos da Lei 13.964/2019, o qual reuniu diversos magistrados brasileiros, dentre eles o Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins, Corregedor Nacional de Justiça e o Ministro Sebastião Reis Júnior, do Superior Tribunal de Justiça.²¹

18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Juiz das garantias: partes e terceiros interessados apresentam argumentos em sessão no Plenário.** Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508998&ori=1>>. Acesso em 20 de maio de 2023.

19 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Juiz das garantias: partes e terceiros interessados apresentam argumentos em sessão no Plenário.** Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508998&ori=1>>. Acesso em 20 de maio de 2023.

20 AURY LOPES JR. Sustentação Oral – Juiz das Garantias. Youtube, 16 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IE1Z3y7QUXI&t=1s>>. Acesso em: 01 de julho de 2023.

21 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro.** Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em: 04 jul., 2023.

Neste estudo, não só foi abordada a figura do juiz das garantias e como sua atuação é fundamental para o pleno exercício do sistema acusatório, mas também acerca da viabilidade prática a fim de que, de fato, o instituto seja implementado. No estudo, os magistrados que participaram relataram que:

A inserção dos arts. 3º-A a 3º-F no Código de Processo Penal representa, como visto, mudança de paradigma no âmbito do sistema processual penal brasileiro, estando relacionada a uma mudança profunda da concepção do processo, ao menos àquela até o presente praticada. Contudo, o novo instituto não implica, propriamente, a criação de nova atividade, demandando a concepção de uma nova estrutura no âmbito do Poder Judiciário, eis que reclama, tão somente, a redistribuição de competências, acompanhada da transmutação do paradigma que norteia a atuação pré-processual, adequação essa que pode ser alcançada com a reorganização da estrutura já existente. De certa forma, a medida se assemelha à promovida por meio da Resolução CNJ nº 219/2016, que dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança entre os órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo grau. Com efeito, o referido ato normativo foi editado a partir da constatação de que era possível promover a eficiência na atividade jurisdicional a partir do rearranjo dos recursos existentes, com a redistribuição da força de trabalho. Em que pese ambas as situações sejam distintas na essência, a lógica adotada para sua solução é a mesma: requer-se apenas medidas que promovam uma adequada gestão das atribuições judiciárias e reorganização administrativa dos territórios, para que se garanta o adequado provimento da prestação jurisdicional, em face de um novo contexto em que “investigação penal” e “julgamento da causa” são atividades que devem concernir a juízes diferentes. Não se está diante da necessidade da edição de regras de organização judiciária de competência de cada ente federado, mas de mera repartição de atribuições, apartando e aparelhando da melhor forma funções já existentes, o que é matéria a fim e própria da competência da União. Fosse admitir o contrário, cada Estado poderia criar, sem previsão no CPP, o seu próprio modelo de “juiz das garantias”, diversificando regras de processo no território nacional. Devido à dimensão territorial do Brasil, é do conhecimento de todos que as unidades jurisdicionais estão inseridas em contextos e realidades distintas, de modo que não é possível conceber a implantação do “juiz das garantias” de uma forma uniforme, a partir de um mesmo arranjo ou substrato organizacional, válido para todo o território nacional.

Além disso, a partir da leitura do estudo, verifica-se que algumas problemáticas trazidas pela ADI’s são abordadas, como por exemplo a implementação de centrais eletrônicas a fim de suprimir a demanda em comarcas com vara única, bem como a concessão de 120 dias para a implantação do juiz das garantias. Importante mencionar que no estudo, inclusive, é elaborada uma minuta de resolução acerca das diretrizes de política judiciária para a estruturação, a implantação e o funcionamento do instituto nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais do país. A título de exemplo, os arts. 3º e 4º da referida resolução explanam que:

Art. 3º No caso de comarca ou subseção judiciária com mais de uma vara, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por:

- I - especialização, por meio de Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias;
- II – regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias;
- III - rodízio entre juízos da mesma comarca ou subseção judiciária;
- e IV – rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

Art. 4º No caso de comarca ou subseção judiciária com vara única, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por meio de:

- I – regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias;
- II – rodízio entre comarcas ou subseções contíguas ou próximas com somente uma vara;
- e III – rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

À luz do exposto, os estudiosos do tema, favoráveis à implementação do juiz da garantia defendem que o instituto poderá desafogar as demandas encontradas nos Tribunais espalhados pelo país, mas como também terá atribuições para, de uma vez por todas, varrer o processo penal inquisitório que perdura e vige até hoje o nosso Código de Processo Penal. A implantação do instituto, como explanou Aury Lopes Jr. em sua última sustentação oral perante o Supremo Tribunal Federal, “causa algum estranhamento no Brasil porque, infelizmente, nós normalizamos o anormal funcionamento das coisas”²², ao passo que declarar o juiz das garantias inconstitucional é remar contra a própria Constituição Federal, de modo a instituir o juiz inquisidor em nosso sistema processual penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com todo o exposto no presente estudo, verifica-se que no sistema acusatório há uma valoração da participação das partes no processo penal, de modo que cada uma exerce uma função específica, não havendo um duplo exercício de atribuições, com vistas a se garantir que a sentença seja a mais justa possível.

Com efeito, a adoção de referido sistema acusatório, garante a imparcialidade do Juiz, que angaria para si a função de controle da legalidade de todo ato oficial público, seja este em fase de investigação ou em sede judicial.

Tem-se que o referido sistema encontra-se positivado na Constituição Federal, com a exigência do devido processo legal, da presunção de inocência, da motivação das decisões, bem como no Código de Processo Penal, por meio da literalidade do seu artigo 3º-B.

Aferiu-se no presente estudo que o juiz das garantias poderá desafogar as demandas encontradas nos Tribunais espalhados pelo país, mas como também terá atribuições para, de uma vez por todas, varrer o processo penal inquisitório que perdura e vige até hoje na justiça brasileira.

Por fim, quanto a viabilidade do instituto, tem-se que esta poderá ser sanada por meio de uma ampla discussão entre o poder judiciário e o legislativo, de modo que se garanta que as Comarcas com Vara única consigam se adequar ao

22 LOPES JR, Aury. Sustentação Oral – Juiz das Garantias. Youtube, 16 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IE1Z3y7QUXI&t=1s>> Acesso em: 01 de julho de 2023.

que preconiza o Juiz das Garantias, conforme apontado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça.

Assim, o Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal deverá se pautar na necessidade de efetivar o sistema acusatório no Brasil, de modo que eventual déficit orçamentário poderá ser erradicado por uma prestação adequada do serviço jurisdicional, evitando as diversas indenizações por erro judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, nº 183, jul./set. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LOPES JR, Aury. Direito Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR, Aury. Sustentação Oral – Juiz das Garantias. Youtube, 16 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IE1Z3y7QUXI&t=1s>>.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, set./out., 2016.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do Juiz das Garantias no Brasil: A superação da Tradição Inquisitória**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012

SOARES, Vlândia Maria de Moura; SILVA, Marcos Faleiros da Silva. Reflexões sobre o Juiz de Garantias: comentários à Lei 13.964/19. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 48, n.02, jul./dez., 2020. p. Disponível em: <<https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/56215/30472>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Juiz das garantias: bibliografia, legislação e jurisprudência temática / Supremo Tribunal Federal**. – 2. ed. -- Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Juiz das garantias: partes e terceiros interessados apresentam argumentos em sessão no Plenário**. Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508998&ori=1>>.

A INCOMPATIBILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA CONDENATÓRIA DE RECICLAGEM DE ATIVOS

JOÃO GUILHERME LAGAZZI ALONSO¹

1. INTRODUÇÃO

Após sua utilização como fundamento nos casos do Assalto ao Banco Central de Fortaleza, na Ação Penal 470 (caso do “Mensalão”) e na Operação Lava-jato, o conceito da cegueira deliberada aplicado às acusações de lavagem de dinheiro causou estranheza ao ouvido atento. Após sua origem na Inglaterra, encontrou um ambiente nutritivo em solo norte-americano, onde criou raízes mais contundentes e ganhou mais notoriedade. A partir dos casos antepostos, surgiu o seguinte questionamento: a cegueira deliberada é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro? Tal pergunta é de suma importância pois, considerando as nuances de cada corpo legislativo, bem como as origens distintas dos países regidos pelo sistema de *common law*, mostra-se natural o questionamento de importações conceituais externas.

Dentre as possíveis incompatibilidades, a que mais salta aos olhos é a relativização do tipo subjetivo doloso, no momento da aplicação do conceito da cegueira deliberada em casos práticos. Para a configuração do dolo, deve o sujeito ter consciência clara da violação da lei, leia-se, ficam claras as exigências por trás do tipo penal doloso, cuja rigidez é mister para a aplicação correta do dolo nos crimes. No que tange os crimes de lavagem de capitais, palco das aplicações da cegueira deliberada no Brasil, entende-se que o agente deve ter completa consciência da origem ilícita dos bens, de modo que uma simples suspeita não seria o bastante. No entanto, a aplicação da cegueira deliberada pode, equivocadamente, ampliar as possibilidades de imputação subjetiva dolosa, punindo culpa a título de dolo.

Dessa forma, a partir da análise jurisprudencial, aliada ao recorte bibliográfico, é possível desenvolver um raciocínio capaz de solucionar se, essencialmente, a cegueira deliberada poderia ser aplicada no ordenamento brasileiro, possuindo

¹ Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

como ponto de partida analítico sua utilização na imputação subjetiva dos crimes de lavagem de dinheiro. Ademais, ao buscar a resposta da inquirição supracitada, buscar-se-á desenhar comparações daquilo que foi aplicado nos Estados Unidos com o que chegou ao Brasil, para, assim, concluir que a função cumprida pela cegueira deliberada no exterior diverge daquela que se aplicou no direito brasileiro, em função da inexistência da lacuna jurídica que movimentou seu desenvolvimento.

Nesta toada, verificou-se que a cegueira deliberada não encontra espaço no direito brasileiro pois, não somente renega sua função original, cujo âmago era o preenchimento de vácuo na imputação subjetiva do sistema de *common law*, como também expande o conceito de dolo até limites incompatíveis com o dolo conhecido, utilizado e dentro dos moldes do direito pátrio, permitindo, em suma, a punição de conduta culposa como se dolosa fosse.

2. METODOLOGIA

O presente estudo foi fundamentado na revisão literária referente ao tema, bem como no recorte e análise jurisprudencial obtidos do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, 13.^a Vara Federal de Curitiba e 11.^a Vara Federal de Fortaleza, dos casos de relevância para a discussão, embasados nas condenações da Ação Penal nº 470 e nº 2005.81.00.014586-0, da Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0, aliadas às provenientes da Operação Lava-Jato, recolhidas no intervalo de tempo entre 2005 e 2021. Com isto, a finalidade, via os meios antepostos, foi sanar a dúvida por trás da compatibilidade da cegueira deliberada com a legislação brasileira, utilizando a jurisprudência do branqueamento de ativos.

3. RESULTADOS E CONCLUSÕES

Após comparar as informações obtidas nos julgados citados *a priori*, às considerações doutrinárias, bem como aos fundamentos do direito penal brasileiro, restou esclarecida a incompatibilidade da cegueira deliberada com o ordenamento jurídico pátrio, ante a extensão equívoca do tipo subjetivo penal, cuja consequência é a trivialização típica do conhecimento, como se desnecessário fosse demonstrar com premissa inegável a constatação da conduta dolosa por parte do autor². Isto pois, em primeiro lugar, a utilização da cegueira deliberada na condenação via dolo apresenta uma clara inversão valorativa no que tange o enfoque probatório e argumentativo da discussão jurídico-penal. O ônus

2 VALLÈS, R. R. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Atelier. 2008.

probatório é retirado da acusação, cuja função é eminentemente comprovar o dolo que, no direito brasileiro, requer o *animus* de descumprir a lei, restando o papel do acusado de comprovar a inexistência de conhecimento. A partir dessa inversão, poderá o agente ser responsabilizado de forma dolosa sem que haja a devida fundamentação por parte da acusação, em função da mesma não mais se incumbir de provar o dolo³. Nesta toada, como bem apresenta Beck, a aplicação da cegueira deliberada modifica a ordem de importância analítica, priorizando aquilo que o sujeito não sabe, em virtude do que efetivamente faz parte da ciência e vontade do autor⁴.

Para mais, a cegueira deliberada, nos moldes em que foi aplicada no Brasil, não condiz com sua contraparte norte-americana. Os requisitos para sua aplicação, com base no voto proferido pela Ministra Rosa Weber, durante o curso da Ação Penal 470, incluíam a “indiferença” quanto à elevada probabilidade de proveniência ilicitude⁵, padrão de conduta nunca abordado pela cegueira deliberada, cuja função inicial era sanar o vácuo presente na imputação subjetiva de seu país de origem. Tratando-se do ordenamento jurídico brasileiro, o padrão da “indiferença” já é tutelado pelo tipo subjetivo conhecido como “dolo eventual”, que traz requisitos restritivos para sua utilização na imputação da conduta, regressando à questão supracitada do abrandamento indevido do dolo. Em suma, é indevido o papel da cegueira deliberada como se fosse meio de atingir o dolo eventual, pois, trata-se de institutos com premissas diferentes, a cegueira deliberada tutela o curso de ação do sujeito para manter-se inconsciente à conduta ilícita, enquanto o dolo eventual requer pleno conhecimento da transgressão da lei, bem como o *animus* de fazê-la.

Em seguida, cumpre salientar a impropriedade na importação de requisitos que no exterior possuem significado diverso. Dentre os requisitos trazidos juntos da cegueira deliberada, está a “alta probabilidade”, cuja aplicação no direito norte-americano se dá via a fórmula numérica da probabilidade. A anterior possui como encargo proporcionar mais objetividade à probabilidade de ocorrência de determinado fato, consolidado por meio do teorema de Bayes, instituto que classifica matematicamente a certeza das ocorrências relacionadas ao caso concreto. Regressando ao direito brasileiro, não há sistema presente na normativa pátria que embase de forma objetiva o conceito de “alta probabilidade”, deixando-o aberto à interpretação alheia e, conseqüentemente, possibilitando a imputação dolosa estranha à sua função típica.

3 SÁNCHEZ, J. S. **La expansion del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** Civitas. 1999.

4 BECK, F. R. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 10, n. 41, p. 48.

5 STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013.

Em conclusão, com base nos resultados obtidos e apresentados por meio do presente estudo, a aplicação da cegueira deliberada em solo brasileiro é contrária ao ordenamento jurídico pátrio. Com sapiência comenta Beck, ao comentar a importância de a solução para o impasse prático emanar da normativa jurídica vigente no Brasil. Assim, qualquer teoria estrangeira que visa um alargamento do tipo subjetivo deve funcionar como uma inspiração, nunca sendo uma presunção de suas existências, como seus substitutos, e muito menos, como um terceiro elemento subjetivo⁶.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BECK, F. R. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 45 – 68, abr/jun 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=89020. Acesso em: 07/01/2021.
- BLUNDEN, B. **The money launderers**. Revised ed. Gloucestershire/UK: Management Books, 2009.
- CALLEGARI, A. L.; WEBER, A. B. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 17 – 35, 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137256. Acesso em: 04/03/2021.
- CHARLOW, R. **Wilful ignorance and criminal culpability**. Texas Law Review, Hofstra University, Long Island, NY, v. 70, n. 6, p. 1352 – 1429, May 1992. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/754.
- CORDERO, I. B. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica**. Eguzkilore, San Sebastián, n. 23, p. 117 – 138, Dezembro 2009.
- ROBBINS, I. P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Northwestern University, Evanston, IL, v. 81, n. 2, p. 191 – 234, 1990. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>.
- ROXIN, C. **Derecho Penal: Parte general. Fundamentos. La estructura del delito**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J. **La expansion del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVEIRA, R. de M. J. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255 – 280, Agosto 2016.

6 BECK, F. R. Op. cit. p. 64

A DECRETAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE OFÍCIO: PRESENÇA INQUISITÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

JOSÉ EUGÊNIO DA SILVA MENDES¹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante em seu artigo 5º, inc. XII, o sigilo das comunicações telefônicas, autorizando excepcionalmente que estas sejam interceptadas. Tal hipótese só deve ocorrer por ordem judicial e dentro do que é estabelecido por lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.²

Neste sentido, a interceptação telefônica, tutelada pela Lei n. 9.296/96, se mostra como um importante meio de obtenção de prova a auxiliar a Justiça Criminal, principalmente no tocante ao combate às organizações criminosas.

Além disso, a Constituição Cidadã veio a consagrar também o sistema acusatório no processo penal brasileiro, ao prever a observância à oralidade e a publicidade. Tal sistema se difere do sistema inquisitório, entre outras medidas, pela clara distinção das funções das partes, dentro do processo.

Deve-se ao sistema acusatório a divisão das funções de acusar e julgar, com aquela reservada ao órgão responsável pela acusação e esta ao julgador, que age como sujeito imparcial e tutelador das garantias individuais do acusado. Assim sendo, ao Juiz é vedada a produção de prova de ofício, já que este deve ser neutro e reservar às partes a iniciativa probatória.

Não obstante, a redação do artigo 3º da Lei 9.296/96 prevê que o Juiz pode determinar de ofício ou após requerimento, a interceptação das comunicações telefônicas. Portanto indaga-se: A autorização para a quebra de sigilo, por meio de interceptação telefônica determinada de ofício, é compatível o sistema acusatório?

1 Advogado do escritório Ribeiro de Almeida Advogados, graduado pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas, com endereço eletrônico j.eugenio-mendes@outlook.com.

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de junho de 2023.

À vista disso, o presente trabalho buscará analisar os sistemas processuais penais, explicitando-se a forma de produção de prova em cada um deles, bem como examinará o artigo 3º da Lei 9.296/96, de modo a se determinar se tal produção de ofício é compatível com o sistema acusatório.

Parte-se da hipótese de que permitir que o Juiz possa determinar tal quebra, que afeta direitos fundamentais, de ofício, é ofensiva ao sistema acusatório e, por outro lado, é convergente com o sistema inquisitório.

Realiza-se uma pesquisa objetiva, descritiva e exploratória, sob o método dedutivo, a ser elaborada com procedimentos bibliográficos e documentais.

Na primeira seção trata-se de esclarecer o que se entende por sistema, assim como definir um conceito para as ciências processuais penais. Também far-se-á uma exposição dos princípios reitores dos sistemas processuais penais.

Da segunda à quarta seção, faz-se um recorte histórico dos sistemas processuais inquisitório, acusatório e misto, respectivamente, explicitando-se suas principais características e como se dá a iniciativa probatória em cada um deles.

Já a quinta seção discute o sistema processual penal vigente no Brasil, versando sobre as diferentes posições da doutrina a respeito do tema.

Ainda, a sexta seção encarrega-se de examinar o art. 3º da Lei 9.296/96, tratando-se de esmiuçar de que maneira se dá a interceptação telefônica nos ditames legais e os entendimentos a respeito da determinação deste meio de obtenção de prova de ofício.

A sétima, seção, por sua vez, traz o debate sobre a congruência da decretação de interceptação telefônica de ofício com o sistema acusatório ou o inquisitório.

Ao final, conclui-se que os objetivos específicos e geral foram atendidos, sendo o problema de pesquisa respondido e a hipótese inicial confirmada, determinando-se que o referido artigo é incompatível com o sistema acusatório.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS E OS PRINCÍPIOS UNIFICADORES

De plano, faz-se necessário aclarar o que se entende por “sistema”. Dentre outras definições, o dicionário Michaelis compreende um sistema como: “Qualquer processo de classificação que obedeça a critérios específicos.”³

Coutinho ressalta que a palavra sistema vem do grego *sýstema*, que significa conjunto.⁴ Nesse sentido, um sistema seria um conjunto de elementos reunidos

3 MICHAELIS. **Dicionário Online**. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: [http://michaelis.uol.com.br/]. Acesso em: 24 de julho de 2023.

4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 108.

sob uma ideia uma, para se alcançar determinada finalidade. Nas palavras do doutrinador, um conceito básico de sistema para os ramos do direito é: “Conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.⁵

Em relação à seara processual penal, existem os sistemas processuais, que se utilizam de regras e princípios que devem ser observados em todos os casos, para o implemento do direito penal. Paulo Rangel o conceitua como: “(...) conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.”⁶

Seguindo as lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, os sistemas processuais penais também seriam reunidos em torno de uma ideia fundante, que seriam os princípios acusatório (ou dispositivo) e inquisitivo.

Neste sentido, assevera Aury Lopes Jr. que nos sistemas penais, a ideia central diz respeito a gestão e iniciativa da prova. Assim, enquanto o princípio inquisitório entende que a gestão da prova deve permanecer nas mãos do juiz, o acusatório, prega que esta deve ficar a cargo das partes.⁷

É necessário dizer que, segundo estes autores, a coexistência de ambos os princípios em um só sistema não é possível. Isto, tanto pela contradição das ideias, quanto pela necessária diretriz que garante a harmonia de seus elementos.

3. O SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório tem como marco de surgimento o IV Concílio de Latrão, ocorrido em 1215. Surgiu de uma necessidade de controle da Igreja Católica, para ser aplicado no julgamento de heresias e do que pudesse ser considerado contrário aos mandamentos daquela religião.⁸ Naquele mesmo século a Igreja instituiu o Tribunal de Inquisição, onde foi utilizado o sistema ora tratado.

Sob a ótica deste sistema o réu pode ser visto como um “pecador”, que possui uma verdade a ser extraída. Tendo em vista que em tais julgamentos a verdade estava dada *ex ante*, a absolvição se dava como um prêmio, quando o réu resistia às torturas que lhe eram impostas. Lado outro, a condenação era medida

5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, 1998. p. 165.

6 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** – 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007. p. 45.

7 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 49.

8 Op., cit. p. 44.

que se impõe.⁹ Daí que, mais importante que o próprio delito, o acusado torna-se objeto do processo, com a confissão tornando-se a regra probatória.

Conforme as lições de José Frederico Marques, o sistema inquisitório pode ser definido por cinco principais características, sendo elas: (i) a concentração de todas as funções dentro do processo na mão do julgador, de modo que este seja ao mesmo tempo o acusador da causa e seu Juiz; (ii) restrição aos direitos do acusados, delegando-se ao Juiz também a função de suprir a atividade do réu; (iii) ausência de contraditório; (iv) instrução probatória atribuída ao Juiz, de modo que este deveria reunir, por meio da sua própria atividade o material do litígio; e (v) impulso processual de ofício.¹⁰

Nesse sentido, aponta Antônio Alberto Machado que há uma discussão sobre se realmente existe um processo em um julgamento sob os ditames do sistema inquisitório. Isto, pois um processo exige a existência de partes, como sujeitos de direitos e obrigações, o que não ocorre em tal sistema.¹¹ Também por isso, se diz que o acusado no processo inquisitório não é parte, mas objeto, tendo em vista que está completamente subordinado ao arbítrio do juiz inquisidor.¹²

No que tange especificamente à atividade probatória no sistema inquisitório, esta se concentra toda nas mãos do juiz, tanto no que diz a gestão, quanto à iniciativa probatória. Neste prisma, assevera Luigi Ferrajoli que o juiz no sistema inquisitório procede de ofício à procura, colheita e à avaliação de provas, produzindo um julgamento após tal produção probatória.¹³

Por esta razão, Aury Lopes Jr. ressalta que há evidente comprometimento da imparcialidade, assim como do contraditório, da igualdade de tratamento e de oportunidades.¹⁴ Aqui, o termo parcialidade indica justamente que o julgador-inquisidor se torna parte do processo e agirá como tal subjetiva e animicamente.

É importante ressaltar que ao longo dos séculos, o sistema inquisitório foi sendo substituído por sistemas mais garantistas e respeitadores dos direitos individuais, mudança que reflete a evolução do pensamento jurídico e a busca por um sistema de justiça mais equânime e democrático. Não obstante, ainda se encontram vigentes em diversos sistemas penais atuais diversos princípios e institutos que carregam claro caráter inquisitório.

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 105.

10 MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2ª ed. - Campinas: Millennium, 2001. p. 19.

11 MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal** – São Paulo: Atlas, 2009. p. 8.

12 TOURINHO FILHO, José da Costa. **Manual de processo penal** – 6. Ed. rev., atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.

13 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 452.

14 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 68-69.

Nesse sentido cabe ressaltar a lição de Paulo Rangel, que reflete acerca de Estados autoritários e a garantia de direitos de um determinado Estado: “(...) à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são lhe entregues”.¹⁵

Deste modo, sendo o processo penal um termômetro civilizatório, é patente que os sistemas inquisitórios são marcadamente característicos de sociedades totalitárias.

4. O SISTEMA ACUSATÓRIO

Já o embrião do sistema acusatório, como o conhecemos hoje, remonta ao reinado de Henrique II da Inglaterra, que durou de 1154 a 1189. Após unificar a Grã-Bretanha, o monarca precisou de uma maneira para concentrar os julgamentos das reclamações levadas à corte. Nesse momento foi criado o *trial by jury*, que funcionava com um júri formado por 12 cidadãos, com acusação e defesa e com as regras e procedimentos ditados por um representante real, que não intervinha nas discussões.¹⁶

Diferentemente do sistema inquisitório, o sistema acusatório se trata de um sistema de partes, que se contrapõe em igualdade de posições e que possui um Juiz que se sobrepõe a ambas.

Segundo as lições de Geraldo Prado, o sistema acusatório pode ser entendido como um processo, no qual a decisão fica a cargo de um órgão estatal, que será distinto daquele imbuído exclusivamente com o poder da iniciativa probatória. Assim, o Juiz se livra de qualquer ônus de iniciativa probatória, restando-lhe impulsionar oficialmente a persecução penal.¹⁷

Neste ponto, cabe apontar que uma leitura constitucional do processo penal, deve levar ao entendimento de uma marcha processual cooperativa, que ocorre também pela atuação dos sujeitos processuais parciais. Isto, porque as energias antagônicas das partes devem ser gerenciadas por um terceiro imparcial, que não deve ser superior e distante das partes.¹⁸

Para José da Costa Tourinho Filho, o processo acusatório é marcado pelas seguintes características: (i) o contraditório, que é uma garantia político-jurídica

15 RANGEL, Paulo. **Direito processual Penal** – 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007. p. 51.

16 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Lumes Juris, 2006. p. 102-104.

17 Op, cit. p. 106-107.

18 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 181.

do cidadão, bem como igualdade entre as partes, tanto de direitos como de obrigações; (ii) um processo público, excepcionalmente sigiloso, permitindo-se a sua fiscalização; (iii) separação entre as funções de acusar, defender e julgar dentro do processo, não sendo lícito ao juiz iniciar o processo de ofício; (iv) iniciativa probatória por parte da acusação, seja ela um órgão estatal, o ofendido, seu representante ou qualquer do povo; (v) processo oral ou escrito.¹⁹

Nota-se que tais aspectos se prestam sempre a garantir a plena participação das partes no processo, em igualdade de condições. A oralidade, por exemplo, tem por objetivo garantir a participação efetiva no processo. Usando-se da palavra falada, o acusado consegue se fazer ouvir, assim como as vítimas e testemunhas, e as decisões não têm como se esconder atrás de linguagens estranhas ao cotidiano das pessoas. Da mesma forma a publicidade, que retira o segredo que caracteriza regimes autoritários.²⁰

Além disso, referidas características têm principal influência no papel do julgador, que de possuidor de plenos poderes no sistema inquisitório, aqui deve cumprir um papel equidistante e neutro, relegando às partes o dever da produção das provas.

Deve-se chamar atenção, ainda, à importância do princípio do contraditório para este sistema. Tal princípio é uma garantia constitucional que assegura o direito das partes se manifestarem, contestarem as provas apresentadas e participarem ativamente na construção do processo. Ainda, promove a igualdade de armas entre acusação e defesa, evitando que uma das partes detenha uma posição de vantagem sobre a outra. Através do contraditório, busca-se alcançar a verdade processual por meio do confronto leal e equilibrado dos argumentos e das provas apresentadas pelas partes.

A evolução histórica do sistema acusatório reflete uma preocupação cada vez maior com a justiça e o respeito aos direitos humanos, moldando os sistemas de justiça modernos em busca de uma maior equidade e legitimidade.

5. O SISTEMA MISTO

Além dos sistemas acusatório e inquisitório, há o sistema misto, cuja origem remonta ao Código Napoleônico, de 1808. Referido código foi responsável pela divisão do processo em duas distintas fases: a pré-processual e a processual. Assim, a fase pré-processual seria regida pelo sistema inquisitório, enquanto a

19 TOURINHO FILHO, José da Costa. **Manual de processo penal** – 6. ed. rev., atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

20 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Lumes Juris, 2006. p. 158.

processual teria como guia o sistema acusatório.²¹ Por tal divisão, é que se diz que o sistema misto representa justamente uma junção dos outros dois sistemas processuais anteriormente citados. Norberto Avena assevera que, dada tal coexistência, ao mesmo tempo em que o sistema misto observa garantias constitucionais, também prevê caracteres notadamente inquisitórios.²²

Um exemplo disto são a produção de prova pelo magistrado, sem ser provocado e as restrições à publicidade do processo em determinadas hipóteses. Tais eventos ocorrem mesmo com o sistema prevendo a necessidade de respeito à presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, ainda que de maneira restrita na fase pré-processual.

Deste modo, é possível perceber que a coexistência de ambos os princípios unificadores de sistemas processuais penais, dentro de uma mesma configuração, é uma contradição em si mesma.

Paulo Rangel elucida que assim como os demais sistemas processuais, o sistema processual penal misto possui algumas características marcantes, sendo elas: (i) fase preliminar da investigação conduzida por um juiz de instrução; (ii) inquisitorialidade da fase preliminar, com o acusado funcionando como um objeto da investigação; (iii) fase processual com a acusação a cargo do Ministério Público, com igualdade de direitos entre a acusação e a defesa e um debate oral, público e contraditório; (iv) respeito ao devido processo legal, na fase contraditória, sendo o acusado sujeito de direitos. Vigê a presunção de inocência, com o ônus da prova a cargo da acusação; (v) além disso, na fase processual está assegurada a observância a ampla defesa, contraditório e a publicidade dos atos.²³

Quanto à vigência de sistemas processuais penais mistos no mundo atualmente, entende-se que não existem mais sistemas processuais puros, sendo todos os sistemas uma junção dos dois clássicos sistemas, em alguma medida. É o que defende Nucci, para quem:

(...) desde o século XVIII, as nações, em sua maioria, trataram de adoptar o sistema misto, em que os direitos individuais se harmonizassem com as exigências de defesa social, em que nenhum desses sistemas, quer o inquisitório quer o acusatório, ficasse entregue às suas próprias tendências.²⁴

Da mesma forma entende Aury Lopes Jr., para quem os sistemas processuais são sempre mistos em alguma medida, sendo os sistemas puros apenas uma

21 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 47-48.

22 AVENA, Norberto. **Processo penal** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 9.

23 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** – 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007. p. 50.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 109.

referência histórica. Afirma ainda o doutrinador que sempre prevalecerá o princípio acusatório ou inquisitório, a determinar as características do sistema.²⁵

6. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Em que pese a opção constitucional pelo sistema acusatório, discute-se se esta previsão é o suficiente para que se possa entender que o processo penal é efetivamente regido por ele. Na realidade, parte da doutrina aponta que o sistema vigente no país não é um sistema acusatório puro.

É o caso de Renato Brasileiro, que enaltece a previsão constitucional da separação das funções no processo, além dos princípios do contraditório, ampla defesa e de não culpabilidade. Mas, que entende ser necessária uma mudança da legislação infraconstitucional, refletindo a Constituição, para levar a um sistema acusatório puro.²⁶

De outra maneira, há quem entenda que o sistema processual penal vigente no país é efetivamente o misto, como Nucci. Para o doutrinador, antes da Lei 13.964/19 o sistema brasileiro era misto, tendo em vista a divisão entre as fases do processo, com a fase pré-processual seguindo o rito inquisitório e a fase processual o acusatório. Ressalta ainda o referido jurista que a previsão constitucional de um sistema acusatório não transforma por si só o sistema vigente, sem a conformidade da legislação infraconstitucional.²⁷

Não obstante, para o doutrinador, com a mudança do artigo 3º-A da referida Lei, que prevê a impossibilidade de produção de prova de ofício por parte dos magistrados, poder-se-ia falar que vigora no Brasil um sistema acusatório mitigado. Ressalte-se que, no momento de produção deste trabalho, as ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, nas quais se determinarão a constitucionalidade deste artigo, se encontram sob pedido de vista.

Outrossim, há quem entenda que a própria existência de um sistema processual penal misto é uma contradição em si. É o caso de Jacinto de Miranda Coutinho, para quem só se pode falar em um sistema, quando todos os seus elementos estiverem de acordo com um princípio unificador.²⁸

Em complemento, assevera o doutrinador que um princípio unificador que rege um sistema. deve com este manter uma coesão. Deste modo, que seria

25 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 48.

26 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.p. 45.

27 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 115.

28 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 107.

impossível a coexistência de ambos os princípios de maneira real. Nesse sentido: “Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto.”²⁹.

Do mesmo modo entende Aury Lopes Jr., para quem não haverá falar em um sistema sem um princípio unificador, que o reja. Não obstante, assevera o doutrinador que no processo penal, o princípio reinante é aquele que versa sobre a iniciativa e gestão da prova. Dessa forma, ou estará em voga o princípio dispositivo, com a prova na mão das partes ou o princípio inquisitório, com a gestão da prova nas mãos do julgador.

Assim, acrescenta o doutrinador que caso seja permitida no processo a produção de prova *ex officio* pelo magistrado, estar-se-á diante de um sistema inquisitório, independente da nomenclatura que se dê a ele.³⁰ Para esta parte da doutrina, em que pese a previsão constitucional de um sistema acusatório, há que se entender que se trata de um sistema inquisitório ou neoinquisitório.³¹

Esta corrente segue as lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no que tange ao entendimento sobre o princípio fundante de um sistema processual penal. Asseveram nesse sentido que, em que pese a previsão constitucional da oralidade e publicidade do processo penal brasileiro, há na legislação diversos regramentos que vão no sentido oposto àquele pregado pelo sistema acusatório, de modo que o sistema vigente pode ser entendido como neoinquisitório.

Por tal razão, Geraldo Prado afirma que o sistema acusatório no Brasil se trata apenas de uma promessa, a ser ratificada quando as diversas formas inquisitórias na legislação forem reformadas.³²

7. A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO

Embora a Constituição de 1967 não trouxesse qualquer ressalva quanto à quebra do sigilo das comunicações no ordenamento brasileiro, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) permitia a quebra do sigilo³³ e era alvo de discussão quanto a sua constitucionalidade.³⁴

29 Op., cit. p. 109.

30 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 47-49.

31 Op., cit. 50.

32 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Lumes Juris, 2006. p. 195.

33 FILHO, Vicente G. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 7.

34 A discussão à época se dava, pois, a Constituição não previa nenhuma ressalva ao sigilo das comunicações. Deste modo a possibilidade de requisição judicial da quebra de tal sigilo se trataria de uma hipótese inconstitucional.

Referida lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988, vindo a Lei 9.296/96 a regulamentar as interceptações telefônicas, sem, contudo, que ficasse isenta de críticas.

Em relação aos contornos legais de uma interceptação, o artigo 1º Lei 9.296/96 prevê que esta pode ser telefônica ou informática e se dar durante a investigação criminal ou instrução processual. Contudo, depende de ordem judicial do juiz competente e ocorre em segredo de justiça.³⁵

A mesma lei ainda prevê, em seu artigo 2º, que a interceptação não poderá se dar quando não houver indícios de autoria e participação na infração, a prova puder ser feita por outros meios ou o fato investigado for punido, no máximo com pena de detenção.³⁶

Dentre as questões a serem discutidas sobre a Lei das Interceptações telefônicas está a compatibilidade ou não do seu artigo 3º com o sistema acusatório, consagrado na Constituição Cidadã. A redação do mencionado artigo prevê: "A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento."³⁷

No que tange à constitucionalidade da decretação de ofício da interceptação telefônica, há diferentes entendimentos na doutrina processual penal brasileira. Parte dela entende que o legislador incorreu em uma inconstitucionalidade, ao permitir poderes instrutórios irrestritos no que tange a este meio de obtenção de prova, em qualquer fase processual.

Esta é a corrente encampada por Luiz Flavio Gomes, que ressalta que a função constitucional do juiz não é a de buscar a prova, de modo que tal autorização vulnera o sistema acusatório, insculpido na Constituição Federal de 1988, como explicita:

É inconstitucional, mesmo na fase processual, a interceptação telefônica "de ofício", porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, seja no âmbito processual ou extraprocessual.³⁸

Tal posição leva em consideração que qualquer iniciativa probatória, de ofício pelo juiz, é incompatível com o sistema acusatório, tendo em vista que o princípio do *in dubio pro reo* norteia mencionado sistema. Nesse sentido, qual-

35 BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 15 de junho de 2023

36 Op, cit.

37 Op, cit.

38 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas: Comentários à Lei 9.296/1996** - 2. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 108.

quer esclarecimento de dúvida se faz contra o acusado, tendo em vista que em caso de dúvida a absolvição é medida que se impõe.

Para além deste entendimento, há também corrente que entende que a autorização de ofício pelo juiz deve ser considerada válida, a depender da fase processual na qual tal quebra ocorra. É o que entende, por exemplo, Paulo Rangel, que adota o princípio da verdade real³⁹ e defende que neste prisma, deve o juiz decretar a produção das provas que entenda ser úteis para o deslinde da verdade.

Não obstante, faz-se necessário ressaltar que para o doutrinador, tal iniciativa probatória só seria válida durante o processo e não durante o inquérito, sendo este último um período no qual o juiz deve estar afastado da persecução penal:

Assim, devemos ressaltar que o Juiz não deve conceder de ofício a medida cautelar preparatória, pois esta deverá ser requerida pelo Ministério Público (*dominus lictis*) ou mediante representação da autoridade policial, pois pelo sistema acusatório, adotado entre nós, o Juiz foi afastado da persecução penal. Porém, nada obsta, que a medida cautelar incidental (adotada no curso do processo) possa ser deferida pelo Juiz de ofício em nome do princípio da verdade real e de acordo com o sistema do livre convencimento.⁴⁰

É de se ressaltar, ainda, que parte da doutrina entende pela validade da quebra do sigilo telefônico de ofício pelo magistrado, observados os demais requisitos legais. É o caso, por exemplo, de Marcos Alexandre Zilli, para quem a decretação de ofício é válida, pela necessidade de que o alvo da quebra não saiba de sua realização, como se vê:

Com efeito: poderia o juiz, no curso do processo, regido que é pela publicidade de seus atos, determinar de ofício, a realização de uma interceptação telefônica, sem o conhecimento de um ou de ambos os sujeitos processuais?

Creemos que sim. Tome-se, por exemplo, a situação na qual há suspeitas de estar o réu subornando testemunhas arroladas pela acusação. Uma interceptação telefônica poderia ser crucial para dirimir este ponto e indispensável para o acerto fático. Seria, contudo, de todo imprestável acaso o réu tomasse conhecimento prévio. Deveria, portanto, ser decidida e realizada sem a sua ciência o que, todavia, jamais poderia implicar em impossibilidade de submissão dos elementos obtidos a um posterior contraditório.⁴¹

Há, por outro lado, corrente que entende pela validade da iniciativa probatória do artigo 3º, em alguns casos. À esta corrente se filia Vicente Greco, para quem não haverá falar em irregularidade na determinação da interceptação:

39 Conforme leciona Eugênio Pacelli, a verdade real é a crença de que a verdade está efetivamente ao alcance do Estado na persecução penal. Segundo o doutrinador tal instituto dissemina a cultura inquisitória, na medida em que legitima desvios de autoridades públicas e justifica a ampla iniciativa probatória por parte do magistrado. (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal – 13. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 346)

40 RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 41, 1 mai. 2000. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/195]. Acesso em: 23 de junho de 2023.

41 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 203-204.

“complementar à prova anteriormente requerida, para dirimir ponto duvidoso relevante”.⁴²

8. O ARTIGO 3º DA LEI 9.296/96 E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme exposto anteriormente, Coutinho leciona que os sistemas processuais penais têm na gestão da prova seu ponto fulcral. Por tal motivo, assevera que os princípios unificadores, inquisitório e dispositivo eram os pontos balizadores dos sistemas inquisitório e acusatório, respectivamente.⁴³

Por sua vez o artigo 3º da Lei 9296/96 prevê a possibilidade de um magistrado determinar sem provocação a interceptação telefônica de um investigado ou acusado, durante a investigação policial ou durante o processo-crime.

Nesse sentido, é de se rememorar que o sistema acusatório é característico de Estados democráticos e foi consagrado pela Constituição Federal de 1988. Referido sistema tem o princípio dispositivo como princípio unificador, que prevê que a gestão e iniciativa da prova devem ficar a cargo das partes.

O respeito ao referido princípio unificador garante a imparcialidade do julgador, assim como o respeito a direitos fundamentais do acusado.⁴⁴ Não à toa, tal princípio mostra-se converge com os princípios da ampla defesa e presunção de inocência.

Assim, o exame das características do sistema acusatório mostra que há incongruência entre este e a decretação de quebra do sigilo de comunicações telefônicas de ofício pelo magistrado. Isto porque tal autorização significaria justamente uma contradição quanto ao princípio dispositivo, o que não pode ocorrer dentro de um sistema, onde os elementos devem respeitar a diretriz.

Desta forma, dentro de um sistema acusatório, qualquer iniciativa probatória do juiz, sem provocação, não se harmonizará com o sistema que busca manter a imparcialidade do julgador com a gestão da prova na mão das partes.

Por outro lado, o sistema inquisitório, característico de Estados totalitários, tem como princípio unificador o princípio inquisitório, que entende que a gestão da prova deve ficar a cargo do juiz-inquisidor, sobre quem recaem as funções de acusar e julgar. Assim, leciona Paulo Rangel:

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser ba-

42 FILHO, Vicente G. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 14. E-book. ISBN 9788502626911. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626911/]. Acesso em: 15 junho de 2023.

43 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 49.

44 Op., cit. p. 45–47.

nido de legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.⁴⁵

É possível afirmar que a decretação da quebra do sigilo telefônico de ofício se compatibiliza com o sistema inquisitório. Primeiro, pela convergência de tal medida com a previsão do princípio inquisitório, depositando-se a gestão probatória nas mãos o juiz-inquisidor, que estará livre para a busca da verdade real, tendo o investigado como um objeto. Ainda, é de se notar que neste caso não haveria separação de funções, com a acusação e o julgamento concentrados na mesma figura.

Nesta hipótese há ofensa na imparcialidade pois o julgador deixa uma posição neutra e equidistante das partes, para uma exercer a função da iniciativa da prova, que ocorre de maneira subjetiva. Assumindo o papel das partes, torna-se parcial.

Por tal incongruência, acabam por ser desrespeitados diversos outros institutos que traduzem o querer constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a iniciativa probatória pelo magistrado afronta, por exemplo, o princípio do *in dubio pro reo*, previsto no Pacto de San Jose da Costa e que serve de fundamental garantia a um acusado.

Uma vez que cabe à acusação comprovar suas alegações, havendo qualquer dúvida, a absolvição é medida que se impõe. Assim sendo, a iniciativa do julgador em busca de elucidações ofende tal princípio que garante que o estado da dúvida deve sempre ser favorável ao réu.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo determinar se a decretação da quebra do sigilo de comunicações telefônicas de ofício pelo magistrado se afiliava às características do sistema acusatório.

Conforme se demonstrou, o sistema inquisitório nasce como um instrumento de controle, possuindo como traços o sigilo, um procedimento escrito e a iniciativa e gestão da prova na mão do julgador, o que leva à imparcialidade.

Por outro lado, o sistema acusatório consagra características como a publicidade, a oralidade, o contraditório, a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, a gestão da prova à cargo das partes.

Já o sistema misto, por sua vez, trata-se de sistema no qual convivem a inquisitorialidade na fase pré-processual e a prevalência do sistema acusatório e de seus princípios basilares na fase processual.

45 RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** – 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007. p. 47.

Quanto ao sistema processual penal vigente no país, evidenciou-se que a doutrina diverge sobre o tema. Há entendimentos tanto no sentido de seria um sistema acusatório mitigado, quanto misto e até inquisitório ou neoinquisitório.

Ainda, como se viu, o art. 3º da Lei 9.296/96 autoriza a decretação de ofício da interceptação telefônica de um acusado, por ordem judicial, dentro dos ditames legais, em investigações ou processos penais.

Ao final, descortinou-se que tal decretação se coaduna com as principais características do sistema inquisitório, tendo em vista que nele há a centralização de funções na mão do julgador, que possui a exclusiva iniciativa da prova, em detrimento das partes.

Dessa forma, entende-se que o presente trabalho alcançou seus objetivos específicos e geral, sendo possível afirmar que a determinação de interceptação telefônica de ofício pelo magistrado não é compatível com o sistema acusatório.

É de se ressaltar que medidas incompatíveis com o sistema acusatório, como a que foi objeto deste trabalho não são exclusivas da lei de interceptações telefônicas, sendo possível encontrá-las em diversos diplomas legislativos pátrios.

Tal presença ratifica o entendimento de que, apesar de a Constituição Federal consagrar o sistema acusatório, vige na verdade um sistema neoinquisitório, uma vez que o princípio reitor seguido pela legislação infraconstitucional, que dá os contornos do processo penal, é o inquisitório, com a iniciativa probatória a cargo do juiz.

Sob este ponto de vista, é de se compreender a afirmação de que para o direito processual penal brasileiro, o sistema acusatório figura como uma promessa futura, para quando não houver mais institutos que permitam a gestão da prova pelo magistrado.

Não obstante, há esperanças de que o Supremo Tribunal Federal julgue as ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, que se encontram sob pedido de vista, quando da escrita do presente trabalho. Caso se entenda pela constitucionalidade do art. 3º-A do Código de Processo Penal (redação pela Lei n. 13.964/19), haveria a revogação tácita de todos os artigos nos quais há iniciativa probatória pelo julgador, abandonando-se a cultura inquisitória que ainda vigora em nossa seara processual penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo penal** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 14 de junho de 2023.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm]. Acesso em: 15 de junho de 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, 1998.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vicente G. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296/96**: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502626911. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626911/>]. Acesso em: 15 junho de 2023.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas: Comentários à Lei 9.296/1996** - 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** – 18 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica** – 9. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal** – São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal** – 2ª ed. – Campinas: Millennium, 2001.

MICHAELIS. **Dicionário Online**. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: [<http://michaelis.uol.com.br/>]. Acesso em: 24 de julho de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** – 13. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Lumes Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica)**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 41, 1 mai. 2000. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/195>]. Acesso em: 23 de junho de 2023.

_____. **Direito processual penal** – 12ª ed. rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** – 12. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, José da Costa. **Manual de processo penal** – 6. Ed. rev., atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A (I)LEGITIMIDADE DA CONFISSÃO NA REALIZAÇÃO DO ANPP

JUAN MARCEL MONTIEL SANTANDER¹

1. INTRODUÇÃO

O ANPP (Acordo de Não-Persecução Penal) é o instituto criado no processo penal brasileiro para aumentar o escopo do acordo, alcançando os casos criminais fora do âmbito unicamente do Juizado Especial Criminal, mas relegando, ainda, ao preenchimento de diversos requisitos para a sua possibilidade.

Como a homologação do acordo criminal possui cunho jurisdicional decisório, **não se tratando** de ato notarial ou certificatório de fé, alguns aspectos instabilizam profundamente a concepção da *punição leniente*. Primeiro, a *voluntariedade* ultrapassa o plano de sua mera existência formal, pois trata-se o âmbito negocial calcado na esfera volitiva, de uma declaração como uma declaração que corresponda à própria vontade, e em outros casos, pretensão de verdade. Segundo, apresentam-se sérios problemas à elaboração de garantias, sua formulação, basicamente, impossibilita um incipiente recorte temático de *standard* probatório – ou de (in)voluntariedade, dentro da epistemologia do processo penal; ou até da própria discussão no âmbito probatório, tendo vista que trata-se justamente de procedimento que elimina a produção de provas.

Tendo em vista a imprecisão de uma série de categorias ou institutos referendados pela legislação ou doutrina, busca-se com este artigo, seguindo a metodologia hermenêutica, com suporte em bibliografia estrangeira e nacional, traçar as particularidades que estes institutos da barganha possuem em outros sistemas, de modo a elaborar um procedimento que possa garantir suficientemente a possibilidade dos acordos penais, e principalmente, justificar a inviabilidade de requerer a confissão do acusado.

2. A FORMULAÇÃO DO *PATTEGGIAMENTO* NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ITALIANO

A obrigatoriedade da ação penal na concepção da *civil law* é inspirada no princípio da igualdade de todos, para articular-se na *necessidade* de que a pena somente possa ser legitimamente infligida após o decurso do processo penal (*nulla poena sine iudicio*); desenvolvida durante sua lenta construção durante o séc. XX,

¹ Doutorando em Ciências Criminais PUCRS. Mestra em Ciências Criminais PUCRS. Bolsista Capes.

compreendida desde FAZZALARI, em seu aspecto fundamental do contraditório, na complexidade do mais amplo direito de defesa e do devido processo legal.²

Entretanto, poucas décadas a seguir já se encontraria tais concepções comprometidas por uma nova tendência. De inspiração norte-americana, a concepção negocial inicia seu processo de mitigação, inicialmente, no próprio continente europeu, onde a Itália foi um dos primeiros países a estabelecer mecanismos de justiça penal negociada, em 1981, dando início à proliferação de estes institutos no âmbito da *Civil law*.³

Embora já longamente consolidado na prática procedimental criminal americana, a *plea bargaining* alcançaria seu *status* de centro da justiça criminal americana, não coincidentemente, na década anterior. Desde uma utilização como uma corrupção eficiente das cortes estaduais, entre o século XIX para o XX;⁴ perpassando pelo aval da Suprema Corte, em uma miríade de decisões ao início da década de 70, que trazem uma completa mudança de direção, no sentido do entendimento de confissões na jurisprudência americana;⁵ o que culmina, na virada da década de 80, com a perfectibilização de um sistema quase totalitário de acordos, na formação das *guidelines*⁶ e a coerção estrutural no procedimento.

2 “O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença – provimento final – deve ser construída em contraditório e por ele legitimada. Não mais concebida como (simples ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal”. LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica**. 3ª, Ed., Saraivajur, 2017, p. 223.

3 CALDERÓN, Guillermo Oliver. A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico. **Revista Ius et Praxis**, Año 29, n. 1, 2023, p. 188.

4 Albert Alschuler traz inúmeras citações jurisprudenciais da época: “A menor influência causando ao acusado a alegar sua culpa quando ele possui alguma defesa deve ser suficiente causa para permitir uma troca do *plea* de culpado para não culpado”. [...] “Nenhum tipo de pressão pode ser permitido para fazer a parte renunciar a qualquer direito ou vantagem, não importa quão leve. A lei não pode suportar o mínimo de peso a colocar contra o indivíduo”. ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History**. 79 COLUM. L. REV. 1, 19–24 (1979), p. 20. Dervan e Edkins afirmam que quando as cortes de apelação começaram a ver o influxo de tais barganhas no período posterior à guerra civil americana, a maioria destes magistrado “derrubou esses acordos como inconstitucionais”, sendo essa repressão inicial da camada superior da magistratura, motivo pelo qual o *plea bargaining* “arrastou-se pelas sombras como uma ferramenta de corrupção”. DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 103, 1 (2013), p. 6.

5 A mais importante e que aborda o *plea bargaining* de modo mais contundente, é Brady v. United States, onde a Suprema Corte denegou o entendimento que amplos descontos no sentenciamento e a ameaça da pena de morte eram suficientes evidências de coerção. No caso, Robert Brady foi acusado por sequestro em 1959, onde o réfem foi libertado tendo sofrido violência física, o qual sob a 18 U.S.C. § 1201(a), da *Federal Kidnapping Act*, impunha a pena máxima capital se o júri recomendasse. Quando descobriu que seu cúmplice havia confessado o crime e concordado em testemunhar contra ele, Brady mudou seu *plea* de não culpado para culpado. O juiz o questionou duas vezes se o *plea* era voluntário. Este foi condenado a 50 anos de prisão, depois reduzido a 30 anos. O *Justice White* apresentou a opinião unânime da Corte. Ele citou que em *United States v. Jackson*, “o fato que a *Federal Kidnapping Act* tende a desencorajar acusados em alegarem a inocência e demandarem um julgamento por júri, dificilmente implica que todo o acusado que ingressa com o *guilty plea* por uma acusação prevista pela lei seja involuntária”. A corte decidiu que Brady não foi coagido pelo §1201(a). Que este ingressou com um *guilty plea* com total conhecimento e determinação. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). Como também, o exemplo do caso *Brady*, onde a corte alegou que o sistema *plea bargaining* era vantajoso para os acusados, por não acreditar na possibilidade que ocorressem falsas autocondenações. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 98 S. Ct. 663 (1978).

6 *Guidelines* são diretrizes sobre o sentenciamento que foram implementadas a partir da década de 1970, nos Estados e no sistema federal, que basicamente, é uma tábua de penas. É um quadro de dupla abertura, que se mede a gravidade do delito em um eixo vertical e a história delitiva do acusado, em um eixo horizontal. A tábua federal é única em detalhes e complexidade, possui 43 níveis de delito, 6 categorias de histórico delitivo e um total de 258 compartimentos de distintas categorias de penas, de modo completamente escalonado. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines**. Empório do Direito, 2017, p. 138. O grande

Não há dúvidas que no Brasil inspiram-se, em especial, na legislação italiana do *patteggiamento*, onde promove-se a mitigação da punição, evitar os efeitos da estigmatização, direcionamento às penas restritivas de direitos, dirimir a reincidência, etc. Ainda, incrementa a renúncia na resistência à infligência da pena e aceitação da responsabilidade, como promove uma significativa redução na carga de casos criminais, e por consequência, ajustando-se a razoável duração do processo do processo ordinário, e evitando os riscos da prescrição de uma parcela de casos.

Trata-se, assim, a adoção brasileira, de uma negociação sem barganha ou *com reservas*: infrações de menor e média potencialidade que permitem a possibilidade do instituto em um reduzido espectro de casos,⁷ denegando aos casos de violência ou grave ameaça, da violência no âmbito doméstico, da criminalidade organizada e de média e alta potencialidade.

Entretanto, é necessário compreender também as bases pelos quais se assestaram os institutos negociais neste país. O *patteggiamento* foi, sem dúvidas, um norte. Com restrição no *quantum* da pena - diminuição de um terço -, não admite a negociação sobre os fatos ou a qualificação jurídica da imputação – *charge e sentence bargaining* -, a manutenção da obrigatoriedade da ação penal. Entretanto, quanto à comparação com o *patteggiamento*, o instituto italiano não requer a *explicita admissão de culpa* pelo imputado, ou seja, a *confissão*. Mas sim, a *simple renúncia ao direito de resistir à pretensão punitiva*, onde não irradiam todos os efeitos próprios de uma sentença condenatória nas esferas cíveis e administrativas.

O *patteggiamento* (aplicação da pena por requisição das partes) é inserido no sistema de justiça criminal italiano junto a reformulação estrutural para um sistema acusatório do novo CPP italiano de 1988,⁸ com mecanismos de simplificação processual e combate à morosidade judicial, como da imprescindibilidade

efeito da racionalização do sentenciamento foi retirar completamente a discricionariedade das mãos do juiz e a transferir aos procuradores na negociação. Formou-se uma panóplia de elementos que permite manipular a pena enormemente, a partir dos poderes de: a) seleção inicial das imputações, que podem levar a uma pena mínima obrigatória; b) a seleção das agravantes da pena; c) a possibilidade de uma mudança de imputação após a acusação no grand jury; d) a apresentação de uma moção de assistência substancial na investigação; e) a apresentação de uma moção para redução de pena, por aceitação de responsabilidade; f) a possibilidade de fixar a prova e as circunstâncias, e de negociar com o acusado a aplicação de agravante e atenuantes ou aplicação de uma assistência não substancial. BOWMAN III, Frank O. The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis. **Columbia Law Review**. Vol. 105, 2005, p. 1339.

7 A adoção do escopo do ANPP encobriria 80% dos delitos previstos no Código Penal brasileiro. LUCCHESI, Guilherme Brenner. MENDES, Tiago Bunning. **Lei Anticrime: A (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** Editora Tirant lo blanch, São Paulo/SP, 2020, p. 56-58.

8 Aponta-se que as principais características consolidadas são: 1) a oralidade e o contraditório,¹⁴ pois a decisão judicial passou a poder se embasar somente nas provas apresentadas oralmente pelas partes durante a fase judicial, o que reafirmou a passividade do julgador, embora se tenha mantido certos poderes subsidiários,¹⁶ e o direito ao confronto pelo exame cruzado; 2) a publicidade dos julgamentos;¹⁸ e, principalmente, sendo intitulada como “coração do novo sistema”,¹⁹ 3) a estrita separação entre as fases investigatória e de julgamento, a partir da formação de distintos autos processuais, de modo que o julgador do mérito do caso não tenha contato com qualquer ato preliminar, garantindo, assim, sua imparcialidade. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. 15, Jan. a Jun. 2015, p. 438-439.

de opções de sentenciamento menos complexos. Houve uma primeira tentativa precursora em 1981, a Lei 689, com a possibilidade de uma pena diversa da prisão com base em pedido da defesa consentido pela acusação, que pouco foi utilizado inicialmente.⁹

Com a implementação do novo CPP em 1988, o *patteggiamento* tradicional - *simplice/minor* - foi estruturado, permitindo a aplicação de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária, ou de uma pena privativa de liberdade de até dois anos, conjuntamente ou não com a pena pecuniária (art. 445, c.1 C.P.P.). A sentença que aplica a pena acordada, não é tornada pública, não irradia efeitos vinculantes nos juízos civil e administrativo nem mesmo quando pronunciada depois do encerramento da instrução, salvo em *giudizio de impugnazione* (arts. 445 c.1-bis e 448 c.3 C.P.P.).¹⁰

Não há requisitos objetivos ou subjetivos para o *patteggiamento* tradicional, podendo ocorrer em todas as infrações penais, observados os limites da pena, independente da reincidência ou de supostas tendências delitivas. Além da redução de um terço, há a isenção do pagamento das despesas processuais e das penas acessórias, salvo a incapacitação para o desempenho de cargos públicos em determinados crimes contra a Administração Pública (art. 445 c.1-ter C.P.P.). Não lhe são aplicados *misure de sicurezza*, exceto o confisco, sendo ele obrigatório ou facultativo (art. 445 c.1 C.P.P.). O crime é extinto após o decurso de 5 anos, sem o cometimento de outro crime, ou de 2 anos, sem o cometimento de uma contravenção da mesma natureza.

Já o *patteggiamento allargato* enquanto o *patteggiamento allargato/maius* permite a aplicação de uma pena privativa de liberdade de dois anos e um dia até cinco anos, conjuntamente ou não com a pena pecuniária (art. 444, c.1 C.P.P.). Sujeita-se a requisitos mais restritivos onde exclui-se como o de criminalidade organizada/associação mafiosa (art. 416-bis C.P.), terrorismo (art. 51 c-3-quater C.P.), violência sexual e exploração sexual de menores de idade (art. 444 *comma* 1 bis c.p.p.) e para “imputados declarados delinquentes habituais, profissionais ou por tendência”, ou reincidentes, na forma do art. 99 c.4 do C.P.¹¹

9 CALDERÓN, Guillermo Oliver. A 35 años de la creación del *patteggiamento* italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico. *Revista Ius et Praxis*, Año 29, n. 1, 2023, p. 188.

10 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. *Rev. do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 360.

11 CALDERÓN, Guillermo Oliver. A 35 años de la creación del *patteggiamento* italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico. *Revista Ius et Praxis*, Año 29, n. 1, 2023, p. 191. Em alguns crimes contra a Administração Pública, a admissibilidade do *patteggiamento* é condicionada à restituição integral do preço (a remuneração prometida em troca da prática delitiva) ou do provento (os ganhos, não exclusivamente patrimoniais) do crime (art. 444 c.1-ter C.P.P.) e, em crimes tributários, ao pagamento do débito tributário (art. 13-bis c.2 do d. lgs. n. 74, de 2000). Nos crimes ambientais, a sentença que aplica a pena a pedido das partes deve ordenar a recuperação e, onde possível, a repressetinação do procedimento contra menores (art. 25, c.1 d. P. R. n. 448, de 1988) e da jurisdição do juiz de paz (d. lgs. n. 274, de 2000). VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a

Nesta relação comparativa dos sistemas, um ponto importante, é a necessidade de motivação da decisão pelo MP acerca do cabimento e da recusa do *patteggiamento*, onde caso o juiz entenda injustificado poderá conceder a redução solicitada pelo acusado mesmo após o transcorrer de todo o procedimento ordinário, consagrando-o como direito subjetivo do acusado.¹² Quanto ao fato de o juiz poder absolver ao observar haver insuficiência probatória nos autos (*proscioglimento*, art. 129, C.P.P.), aponta Vinicius Vasconcellos que:

A posição da jurisprudência italiana é consolidada: a falta, a contradição e a insuficiência da prova podem acarretar consequências somente aos fins da fase processual do processo, quando o julgador é chamado a pronunciar a absolvição do réu conforme o artigo 530.2 do CPP italiano. Antes dessa fase processual e nos procedimentos deflativos de tipo negocial, inexistente tal possibilidade, porque não há correspondências às causas explicitamente indicadas no artigo 129 do CPP italiano, sobre a imediata declaração de não punibilidade do imputado, encontrando um obstáculo na fase investigatória do procedimento.¹³

O pedido se denegado na *iudienza preliminare* pode ser renovado ao magistrado responsável fase sucessiva, até mesmo em *giudizio di impugnazione* (art. 448 c.1 C.P.P.). A sentença que aplica a pena é inapelável, salvo para o Ministério Público no caso de ter dissentido do pedido formulado pelo imputado (art. 448 c.2 C.P.P.), mas encontra-se possível como *ricorso per cassazione*, com fundamentação limitada (art. 448 c.2-bis C.P.P.), e também a *procedimento per revisione* (art. 629 C.P.P.).¹⁴

Ainda, a realização do *patteggiamento* não traz efeitos civis ou administrativos, limitando assim os efeitos da negociação.¹⁵ Para além da observação do controle judicial se trata-se de um caso de *proscioglimento*, sobre a qualificação jurídica e das circunstâncias do fato sopesadas pelas partes, a *Corte Costituzionale* dilargou a verificação judicial na sentença n. 313, de 1990, passando a abarcar também a avaliação da congruência da pena em relação à sua finalidade reeducativa – seja por insuficiência ou por excesso –, em consonância com o art. 27, *comma* 3º, da Constituição Italiana.

pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 360.

- 12 A *Corte Costituzionale* na decisão n. 120, de 1984, esclareceu que pelo princípio da autonomia do juiz na aplicação da lei penal (art. 101, *comma* 2º), a manifestação contrária da acusação não vinculava o magistrado o qual detinha sempre o poder de deferir o pedido do imputado. Assim, embora a lei originariamente previsse uma forma de acordo entre as partes. VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 357.
- 13 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. 15, Jan. a Jun. 2015, p. 449.
- 14 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 363.
- 15 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. 15, Jan. a Jun. 2015, p. 446.

Tal ponto apresenta algumas problematizações importantes para refletir sobre o instituto, diferentes modelos sistêmicos, e a necessidade de contenção dos impulsos e incentivos que o instituto pode potencializar. Segundo Matteo Caputo, a questão acima girava em torno de que:

Conflitto tra visioni di giustizia diametralmente opposte: l'una, quella continentale, resolutamente diretta alla ricerca della verità e perciò aliena da compromessi che ne possano inficiare l'ottenimento; l'altra, quella d'oltreoceano, voltata a raggiungere una rapida soluzione dei processi penali anche attraverso la negoziazione fra le parti. Da qui la difficoltà per il giudice italiano di abituarsi al nuovo costume di 'guardiano passivo'; non più protagonista dell'ascertamento sull'effettiva responsabilità dell'imputato: eccettuato lo scrutinio sull'esatta qualificazione giuridica del fatto e la possibilità di prosciogliere ex art. 129 C.P.P., il giudice del patteggiamento appariva fortemente depotenziato nelle sue prerogative.¹⁶

Importante consignar que o *patteggiamento*, após a Lei Constitucional de 1999, que reformou o art. 111, da Constituição Italiana, inserindo os princípios do *giusto processo*, autorizando a definição do *ascertamento*, em regra, realizado em contraditório, se fizesse em consenso entre as partes pela via consensual, ao que pelo entendimento de Luciana Vassalli, seria um lento distanciamento da declaração com natureza do *nolo contendere*, que inicialmente inspirara o procedimento do *patteggiamento*, para a premissa da declaração de culpa – *guilty plea* – “mais coerente com a inflição da pena”.¹⁷

Interessante como tal entendimento do *giusto processo*, na definição do *ascertamento* realizado em via de contraditório, em tese, traria entendimento prejudicial ao acusado. Pelo princípio que é uma garantia em defesa do hipossuficiente – que a partir da investigação, é o acusado – inversamente forma-se um entendimento prejudicial ao acusado. Isto porque a compreensão do *ascertamento* pela via do *giusto processo* encontra proteção justamente na proibição de produzir prova contra si mesmo, neste caso, a partir de elementos confessórios. É justamente a perda do caráter confessório, a única via passível com o mínimo de garantias, e mesmo assim, insuficientes, da utilização dos meios consensuais no processo penal.

Neste ponto, destaca-se que se encontra questão controvertida na legislação e jurisprudência italiana, sobre a natureza jurídica da sentença que aplica o *patteggiamento* – se esta encerra ou não pronunciamento sobre a responsabilidade do acusado. Após a ampliação do instituto com o *patteggiamento allargato*, a possibilidade de sua aplicação a crimes de maior gravidade, trouxeram elementos

16 CAPUTO, Matteo. Il patteggiamento come problema per il Diritto Penale. Milano, 2008, p. 227-228. Apud: VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. *Rev. do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 358.

17 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. *Rev. do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 359.

conflitivos, sem o *accertamento di colpevolezza* do procedimento com o devido processo. Conforme Luciana Vassali, o art. 445 c.1-bis c.p.p. equipara expressamente a sentença que aplica a pena a pedido das partes à sentença condenatória, salvo disposição legal em contrário. Entretanto, a sentença é prolatada *allo stato degli atti*, em regra com base no material coletado durante as investigações, e não se exige que o imputado admita culpa ou confesse. Em suma, aplica-se pena, mas não se encerra juízo cognitivo de culpabilidade, constatando apenas a ausência de causas de não punibilidade do art. 129 c.p.p.¹⁸

Frente as garantias do *giusto processo* há patente diferença qualitativa entre ambas. Deste estado de coisas, o legislador cria equiparações aproveitando a exceção prevista no artigo - “salvo disposição legal em contrário” -, ao exemplo a legislação “antimáfia” em que prevê que o *status* de condenado por uma sentença que aplica a pena a pedido das partes é equiparado àquela decorrente de uma sentença condenatória em devido processo. Ao que o movimento jurisprudencial sofre a mesma ordem de influxo, onde passou a considerar após a criação do *patteggiamento allargato*, que a sentença que aplica a pena a pedido das partes hábil a provocar a revogação da suspensão condicional da pena, onde a Sezione Unite da Corte di Cassazione, apontaram que tais sentenças produzem sempre os efeitos ordinários da condenação, salvo disposição expressa em lei.¹⁹

Dessa sorte, conclui Luciana Vassalli que, o *patteggiamento* assemelha-se mais ao instituto do *nolo contendere*, em que tampouco há admissão explícita de culpa e não se espraiam os efeitos civis da sentença em que aplica a pena a pedido das partes. Apontando que o *nolo contendere* americano contém uma implícita admissão de culpa, mas que a opção realizada pelos italianos problematizou a questão, *vide* a divergência que produziu - e que no Brasil foi discutido no caso da transação penal - que a aplicação da pena por acordo entre as partes, sem o reconhecimento de culpa, acabou resultando na pequena eficácia da transação penal.²⁰

Entretanto, a pequena eficácia, a falta de estrutura ou até de cumprimento básico e mínimos da transação penal, ou melhor dizendo, da execução penal em geral, longe estão de serem por conta da confissão ou não. Trata-se de uma regra ou requerimento processual que nada poderia alterar tal estado de coisas. Trata-se

18 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 364.

19 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 364.

20 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 366.

de justificativa plenamente infundada para justificar um enorme prejuízo procedimental aos acusados; como contrária à justificação da importação da negociação no sistema de justiça criminal brasileiro.

3. UMA “SUPERINTERPRETAÇÃO” QUANTO O REQUERIMENTO DE CONFISSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA?

O ponto central do artigo, portanto, é discutir a famigerada necessidade de confissão para a possibilidade do ANPP. Ao que tudo indica, na “brasileirização” do *plea bargaining*, esta encontra-se, ao mínimo, confusa: a possibilidade de acordo, “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente”. Embora tenhamos no texto legislativo o explícito apontamento da confissão, esta apresenta-se como formal²¹ e circunstancial.²² Do texto legislado, na minha visão, depreende-se que este somente pode ser entendido como protocolar, na circunstância – que é pertinente, mas não essencial; incidental.

Acredito que tal posicionamento é justificado não somente pelo texto da lei, mas encontra-se melhor fundamentado com o próprio estudo do instituto e diversas variantes, como encontra-se em consonância com nossa legislação processual e a própria Constituição Federal. É realmente necessário discutir estes pontos sob a jurisprudência das Cortes Superiores tendo em vista que tal legislação não possui uma exposição de motivos. A literalidade do texto é ambígua, o que não espanta tendo em vista ser produto de Sérgio Moro. Naturalmente, o desenho do instituto caberá a estes traçarem.

Portanto, afirmações ao exemplo de Sandro de Carvalho, de que “a confissão deve ser pessoal e formal, circunstanciada, ou seja, integral, completa, minuciosa, com todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive, com relato de eventual participação de terceiro no delito”,²³ é retirar da pequena passagem inúmeras determinações que ali são impossíveis de encontrar, a não ser por uma Superinterpretação.²⁴

Desse modo, cumpre criticar a previsão da confissão na prática do ANPP. Luciana Vassalli afirma o seguinte:

A exigência da confissão detalhada como requisito do ANPP é um dos traços mais distintivos do instituto, e sua finalidade parece clara: auxiliar a descoberta da verdade dos fatos e impedir

21 Adjetivo de dois gêneros 1. Solene, oficial, protocolar; 2. Relativo ou pertencente à forma. *Oxford Languages*. Disponível em: < <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>>. Acesso em 29 jun. 2023.

22 Que depende de ou está ligado a uma circunstância ou a circunstâncias. *Gramática*: que indica uma circunstância da ação (lugar, tempo, modo, companhia, etc). *Direito*: diz-se da prova que se baseia em indícios e deduções e não demonstra uma direta evidência dos fatos. *Oxford Languages*. Disponível em: < <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>>. Acesso em 29 jun. 2023.

23 CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 78, out/dez 2020, p. 251.

24 ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. Livraria Martins Fontes, 2ª, Ed., 2005.

(ou pelo menos, reduzir os riscos) que inocentes firmem o acordo e assim se submetam ao cumprimento de condições restritivas de sua esfera de liberdade por um fato que não cometeram. Ademais, a confissão – que pode ou não ser acompanhada pela indicação ou entrega de provas de autoria pelo investigado – facilita eventual ação penal subsequente ao descumprimento das cláusulas do acordo e assim estimula o cumprimento do ANPP pelo aceitante. Por fim, a confissão favorece a finalidade ressocializadora, já que a admissão de culpa é o primeiro passo em direção ao abandono do comportamento desviante.²⁵

A tal preocupação com o inocente é falsa. O que pode impedir que inocentes firmem tal acordo é o próprio procedimento e sua delimitação, observado a estrutura coercitiva que existe nos Estados Unidos. E qualquer que seja o modelo que se criará no Brasil, não há possibilidade de concretamente impossibilitar tal situação, por conta do benefício. A forma, como incessantemente aponta Aury Lopes Jr., “é garantia”²⁶. A prática fora da forma prevista em lei deve gerar nulidades, por conta da profunda importância que o procedimento guarda nesta forma de não-processo.

E ainda mais, na perspectiva epistemológica probatória, seja qual for a matriz, encontra-se categoricamente a impossibilidade de garantir, sob evidências iniciais de provas, evidências, deduções (prova somente é formada em contraditório). Tratando cada instituto com suas peculiaridades, retirando os excessos neste comparativo sistêmico, onde cada país adota as peculiaridades e intenções, assim faz-se uma análise crítica que promova, pelo menos em níveis suficientes, uma melhor elaboração negocial, ou a completa sumarização do procedimento.

A passagem acima transcrita de Luciana Vassalli, encontram um interessante paralelo com o *plea bargaining* americano. Entre as decisões que marcaram a virada do entendimento na Suprema Corte sobre o *plea bargaining*, há a famosa passagem onde os Ministros da Suprema Corte americana manifestarem não acreditarem que seria possível que acusados realizariam “falsas autocondenações”,²⁷ nas arguições recursivas sobre a coerção estrutural que se encontrava na legislação americana desde a década de 1970²⁸ – desde casos onde o que estava em jogo era a pena de morte/prisão perpétua sob condenação após julgamento por júri ou aceitar o acordo da procuradoria por uma pena fixa independente da inocência ou culpa.

25 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 376.

26 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 389.

27 “A Corte apontou que “no toma lá, dá cá do *plea bargaining*, não há tais elementos como de punição ou retaliação tendo em vista que o acusado é livre para aceitar ou rejeitar a oferta da procuradoria”. Apontando que, “enquanto os incentivos de barganhar são suficientemente razoáveis e o acusado mantém o senso de liberdade”, a Corte determinou que é improvável que um acusado seria “levado a se falso autocondenar”. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 98 S. Ct. 663 (1978).

28 Em 1978, a Suprema Corte abordou mais uma vez o *plea bargaining* em *Bordenkircher v. Hayes*. Paul Hayes foi indiciado sob a tipificação de falsificar documentação, delito punido em Kentucky de 02 a 10 anos de pena de prisão. Durante as negociações, os procuradores ofereceram que se Hayes apresenta-se o *guilty plea* iriam recomendar a pena de 05 anos de prisão. Entretanto, se força-se o inconveniente do julgamento por júri, o ameaçou de realizar novo indiciamento sob uma legislação de criminoso habitual que previa a prisão perpétua. Hayes se recusou a alegar a culpa, sofreu novo indiciamento sob tal lei, foi declarado culpado em julgamento e sentenciado com a pena perpétua. DERVAN, Lucian E. **Bargained Justice: Plea Bargaining’s Innocence Problem and the Brady Safety-Valve**. Belmont University, 2012, p. 89.

Portanto, estes não estariam ingressando com o *guilty plea* por conta do enorme diferencial da pena, nem pelo risco da morte; era uma opção benéfica, como ao exemplo do *alford plea*.²⁹ Uma possibilidade de exoneração em casos de uma sentença previsível (previsibilidade da morte). Agora, ao caso brasileiro para esta fração da doutrina, há a explícita invocação da necessidade do acusado falar todos os detalhes, delatar; tudo extrair para, somente assim, ser válido o procedimento. Tudo justificado como uma suposta salvaguarda contra as falsas autoincriminações.

É uma reviravolta interessantíssima, mas não imprevisível. Neste caso, o histórico artigo de John Langbein soa profético quando descreve as minúcias dos tormentos e torturas do período medieval europeu no procedimento judicial criminal e suas similaridades com o *plea bargaining*.³⁰ Cumpre ressaltar de ponto, seria um desejo de confissão mesmo sem os efeitos condenatórios (tendo em vista que a lei a necessidade de nova denúncia em caso de descumprimento)? Em parte. Porque no acaso de descumprimento e a propositura da nova denúncia, a intenção é utilizar desta confissão detalhada, delatária e minuciosa como “elemento de reforço da prova da autoria, corroborando com as demais provas produzidas em contraditório”.³¹ Ou seja, uma garantia de condenação certa. Certamente servem também para utilizar em outros processos e em relatórios policiais, e assim, reproduzir um perfil cada vez mais completo dos indivíduos.

Interessante é que a própria resposta para a suposta questão da confissão encontra-se inserida nas próprias razões dos citados autores, como este exemplo de CARVALHO: “Não é a confissão por ocasião da celebração do ANPP que fundamentará a *opinio delict* do MP, posto que este já estará formada quando da audiência extrajudicial para a formulação do ANPP”, conclusão que já se encontra nas linhas anteriores, “só cabe ANPP, [...] quando já estão plenamente

29 Se Alford ingressasse com um *plea of not guilty*, fosse condenado e o júri não recomendasse a prisão perpétua, este poderia ser sentenciado à pena de morte por homicídio em primeiro grau. Alford ingressou com o *plea of guilty* em homicídio de segundo grau, apresentando a consideração que somente o fazia para evitar a morte, e foi sentenciado a 30 anos de prisão após o juiz aceitar o *plea bargain* e observar que o acusado foi adequadamente aconselhado por advogado. A *Court of Appeals* entendeu que o *plea* de Alford não foi voluntário, pois foi feito através do medo da pena capital, onde o peticionante apresentou em suas razões que “somente aleguei minha culpa porque disseram que seu eu não o fizesse, eles iriam me colocar na câmara de gás”. A Corte permitiu o *guilty plea* com o simultâneo protesto de inocência “somente porque havia suficiente material probatório para demonstrar que a persecução possuía um caso bem estruturado para a condenação e o acusado estava ingressando com tal *plea* para evitar uma sentença previsível”. *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

30 O ponto central do artigo é de que o extremo formalismo do período medieval europeu na determinação de culpa, sob a necessidade dos testemunhos de duas pessoas, fez emergir a exceção da confissão voluntária do acusado para a condenação. Esse nível altíssimo de garantia contra as condenações errôneas, comprometia os crimes circunstanciais e clandestinos, portanto, elementos do subterfúgio, como a regra da causa provável assegurariam que somente pessoas com grave suspeita seriam examinadas sob tortura, como da “adequada base fática”, da que a informação cedida sob tortura deveria ser confirmada e verificada sua factibilidade, foram os desenvolvimentos que extravasaram para garantir condenações. LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclevr>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

31 CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 78, out/dez 2020, p. 258. Enunciado nº 27 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG): “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.

preenchidas as condições da ação penal. A justa causa e demais elementos para a denúncia já estão presentes”.³²

Naturalmente. Não se trata de interrogatório, inquirição, ou qualquer ato investigatório. Tal ato não possui qualquer caráter cognitivo inerente ao processo. O material investigatório encontra-se concluído, se não, o MP deve requerer outras medidas investigatórias. Não faz nenhum sentido o desejo de uma (i)legítima produção probatória no ato, ao que, ao mínimo, deve ser produto de uma confusão com a delação premiada. Caso não possua o desenlace da investigação, se entenda pela mentira, omissões em casos de crime material ou da pluralidade de réus, utiliza-se o MP de seus poderes de requerimento investigatório ou próprios; afinal, ainda se mantém a obrigatoriedade da ação penal.

Enfim, como aponta CALDERÓN, cai por terra a polêmica na jurisprudência constitucional italiana da *Corte de Cassazione*, onde na celeuma sobre se o juiz deve fundar a imposição da pena e comprovar a culpabilidade do imputado no *accertamento*, na própria prática do *patteggiamento* as fundamentações não se apresentam exigentes, já que os fatos costumam assumir a forma de uma “cláusula tipo” que se limita a expressar a concorrência dos requisitos legais e a ausência de prova que permita absolver o acusado.³³

4. DIGRESSÕES SOBRE OS INSTITUTOS NEGOCIAIS: O ANPP COMO UM *NOLO CONTENDERE*

O sistema adversarial ao qual o *plea bargaining* emerge, vige o princípio dispositivo das partes representando seus próprios interesses na causa, uma disputa equilibrada de duas partes em igualdade, diante de um juiz passivo/presidente, onde as atividades investigativas e probatórias desenvolvem-se entre as partes. São as partes as “donas” do processo. Já nossa tradição continental inquisitória, a

32 CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, out/dez 2020, p. 257. A confissão tem que ser integral, ou seja, não pode ser parcial ou sujeita a reservas. Não se aplica, assim, na fase do ANPP, o Enunciado nº 545 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) segundo o qual “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”. [...] Uma vez obtidos os elementos que justifiquem uma acusação pelo fato principal, bem como do vínculo que ligue o denunciado a outras pessoas, o MP, no momento da negociação para a celebração de um ANPP, pode e deve exigir a confissão da coautoría ou participação do beneficiário, ainda que outras pessoas não sejam, no mesmo momento, beneficiárias de algum acordo. CHEKER, Monique. A Confissão do Concurso de Agentes no Acordo de Não Persecução Penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (orgs.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Coletânea de Artigos. v. 7. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020, p. 373-374.

33 “Ha contribuido a la discusión cierto zigzagueo y ambigüedad de la Corte di Cassazione. En un fallo del año 1997, declaró que en el *patteggiamento* no se permite al juez realizar una comprobación positiva de la responsabilidad del imputado y que tal comprobación es sustituida por el acuerdo de las partes sobre el mérito del proceso y sobre la pena aplicable. En un fallo del año 2003, afirmó que la sentencia de *patteggiamento* supone una comprobación de la responsabilidad penal del imputado, aunque sólo cuando se trata de la modalidad “allargata” de este mecanismo de negociación. A su vez, en un fallo del año 2005, negó que exista una verdadera y propia identificación entre la sentencia de *patteggiamento* y la sentencia de condena, pero aludió a una asimilación entre ambas clases de sentencia y sostuvo que en este mecanismo de justicia penal negociada el juez está llamado a adoptar algunas decisiones que dejan entrever una cierta comprobación de responsabilidad”. CALDERÓN, Guillermo Oliver. *A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico*. Revista *Ius et Praxis*, Año 29, n. 1, 2023, p. 188.

descoberta da “verdade” faz-se por meio de investigação oficial, de um juiz com poderes ativos, a quem dirige-se a própria atividade probatória, conduzida a acusação pelo MP, traduzido por muitos como órgão imparcial e fiscalizador, mas que notavelmente na prática e na cultura jurídica, representa, ao mínimo, outro funcionário do Estado.

Seria essa visão da disputa entre partes que permitia ao sistema adversarial, a larga discricionariedade persecutória como fruto do juízo de *oportunidade* e *conveniência* da persecução criminal, não se vê obrigado historicamente em sua cultura própria, a exercê-la obrigatoriamente. Sendo o próprio árbitro da persecução, conforme as suas próprias conveniência e incentivos. O que denota a diferença a *obrigatoriedade* da ação penal com dogmática na nossa tradição, onde o processo, por meio da investigação oficial, é obrigatoriamente o instrumento para a descoberta da “verdade”, forçosamente exercido sempre que haja provas suficientes de autoria e de que a infração foi cometida.³⁴

No *adversarial system* americano, o procedimento encontra-se previsto no *Rule 11*, das *Federal Rules of Criminal Procedure*, em especial na *Rule (c)*. De início, oferecida a acusação, em uma fase ainda anterior à instauração da ação penal, realiza-se o *arraignment (first appearance)*, audiência destinada a esclarecer ao imputado os termos da acusação, sua natureza e consequências, sobre os seus direitos [*Rule 11 (b)*] e a colher dele a sua declaração: culpa, inocência ou *nolo contendere* [*Rule 11 (a) (1)*].

Sob a declaração de culpado (*guilty plea*) forma-se prova suficiente da responsabilidade penal.³⁵ Os tratados da *commom law* revelam que a “confissão judicial” não era considerada como um *plea*, no sentido da declaração em audiência inaugural pública que determina o curso do processo jurisdicional. Os antigos tratados continham elaborados catálogos de *pleas* ao acusado, entretanto, esses não mencionavam os *pleas of guilty*. Somente nas seções de provas, nos moldes de uma confissão, os autores descreviam o que se tem, atualmente, como *guilty plea*.³⁶

34 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 347-348.

35 “Por isso mesmo, sua aceitação é cercada de cuidados. Em audiência pública, após prestar juramento, o sujeito deve ser informado de todos os seus direitos e de todas as consequências da declaração de culpa. O magistrado deve assegurar-se de que a escolha do imputado tenha sido feita de forma livre e consciente, inclusive com assistência técnica efetiva e qualificada, e ainda que tenha base factual [*Rule 11 (b) (2) (3)*]. Superados esses requisitos, pode-se passar diretamente à *sentencing*, portanto, com considerável simplificação do procedimento. Assim, ao declarar-se culpado o imputado renuncia aos direitos fundamentais que lhe assistem e aceita a imposição imediata da pena”. VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. *Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal*. Rev. do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 347-359.

36 Em ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. **Columbia Law Review**, 1, vol. 79 (1979), p. 13, se pode ver que até meados da metade do século XIX, os tratados seguiam o mesmo padrão, inclusive os norte-americanos, exemplo o de Francis Wharton, que sobre a acusação formal e *pleas* não se referia ao *guilty plea*, mas na parte das provas criminais descrevia as “admissões judiciais” como uma forma de confissão.

Conforme Luciana Vassali, a própria concepção de verdade é relativizada ou consensualizada, em *plea agreements* ou *stipulations*, como solução para a disputa que às partes “pertencem”,³⁷ o que encontra eco na crítica realizada por John Langbein, ao sistema adversarial da busca da verdade como um “sub-produto”.³⁸ Alegado a culpa, não se busca maiores digressões. Encerra-se o caso, e segue-se ao sentenciamento.

Quanto ao *nolo contendere* consiste na declaração de que o imputado não pretende contestar as acusações e, assim, renuncia ao direito constitucional ao julgamento por júri, sem, porém, reconhecer expressamente a própria culpa. Sua utilidade encontra-se na não produção de efeitos no âmbito civil, permitindo que o acusado se declare inocente quanto a ações civis referentes aos mesmos fatos; ao mesmo tempo em que sumariza o procedimento, com a aceitação de uma pena inferior. Entretanto, a *Federal Sentencing Guidelines* possui em suas previsões o [U.S.S.G. §3º E1.1(a)] onde concede redução de pena ao imputado que “assume claramente a própria responsabilidade pelo ilícito”, assim, como neste caso não há a clara assunção pelo ilícito, trata-se a declaração do *nolo contendere*, “menos leniente” do que a do *guilty plea*.³⁹

Alegações como a de que o *nolo contendere* ou o *alford plea* ao permitirem que o acusado continue a protestar inocência ou se recuse a admitir a culpa, “prejudica a finalidade reeducativa da pena, violando a moralidade que deveria ser subjacente ao sistema de justiça e deixando insatisfeitas as vítimas e seus familiares”; são completamente desconectadas com a ampla produção crítica do *plea bargaining* na justiça criminal americana. Embora sejam resguardadas para casos específicos, ao final, todas tem sua funcionalidade, de fato, para manter as altíssimas taxas de barganha nos Estados Unidos. Esse é o norte permanente no sistema de justiça criminal americano.

Como ao fim, parece até desnecessário tecer maiores considerações sobre se a diferença do tipo de *plea* poderia trazer qualquer mudança fática em elementos reeducativos, arrependimento, moralidade do sistema de justiça, apontamos que a falência no amplo espectro da erosão da ressocialização,⁴⁰ em nada poderiam ser

37 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 348.

38 O autor assinala que é um sistema que pressupõe que “a verdade irá de alguma maneira emergir quando ninguém está a cargo de o procurar”. Para o autor, a questão é que a dinâmica do processo adversarial de partes possui seu elemento central na vitória, e não na verdade. Portanto, a crítica do autor apresenta-se sobre a má-prática ou o lado negativo de um procedimento de disputa entre partes que se utilizarão de qualquer vantagem possível para seus interesses onde o juiz que se encontra ignorante aos fatos e sem qualquer poder sobre a investigação nada pode fazer. LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003, p. 332-333.

39 A *Rule 11 (a) (3)* subordina a aceitação do *nolo contendere* à avaliação pelo juiz das posições das partes e do interesse público na eficaz administração da justiça.

40 Para o âmbito do que é apresentado neste trabalho, a crise da ressocialização e da pena indeterminada - que nunca foram implementadas de maneira integral em seus princípios - veio engendrando-se desde de posições mais radicais como do abo-

alterados por regras processuais, encontram-se em dimensão significativamente mais profunda de justiça e da sociedade. O que é pontual neste caso, é apontar o profundo prejuízo ao acusado vinculado à possibilidade de acordo, que ainda, na nossa realidade, é diversificada para casos de pequena à média potencialidade.

Ao estudar âmbito negocial na matriz americana, onde a barganha engloba todos os casos criminais, acredito necessário tratar, mesmo que brevemente, as perseguições corporativas, caso das mais poderosas corporações do mundo, as “*too big to fail*”, ou seja, consideradas tão valiosas para a economia que os procuradores podem não os tornar completamente responsáveis pelos seus crimes.

Na citada obra, GARRETT investiga como os procuradores multam as companhias para os punir, mas principalmente, para promover mudanças em suas estruturas para prevenir delinquências futuras. Quanto à negociação realizada entre procuradores e estas gigantes corporações, a abordagem mais comum negociável é o *deferred prosecution agreements* ou *non-prosecution agreements*, que são acordos que os procuradores realizam onde permitem estas companhias a evitar uma condenação – o acordo não é ingressado na Corte -, mas que impõe multas (na maioria das vezes não suficientemente pesadas), e buscam reformular a governança corporativa ou reabilitar uma companhia para que fomente uma cultura de integridade ou ética, como colocar monitores independentes nos Conselhos, ou as melhorias nos sistemas de *compliance*.⁴¹

Estas enormes corporações buscam mitigar os efeitos da caída das ações no Mercado – com o dano reputacional de um julgamento -, portanto, dentro das negociações sobre o *guilty plea* ou *non-prosecution agreement*, buscam, além de evitar um “*penalty trial*”, que seria uma condenação após julgamento por júri; sinalizar a busca por reabilitação, o que demanda por parte da corporação uma completa reforma estrutural nas primeiras reuniões com os procuradores; e principalmente, evitar o que seria a “pena de morte”, a suspensão ou o impedimento de contratar com o governo americano.⁴² Portanto, inicialmente já deve-se injetar um investimento significativo, demissões, contratações de grandes bancadas de *compliance*; tudo no sentido de sinalizar uma nova cultura empresarial.

licionismo das penas, até novos discursos sobre o fundamento ou finalidade das penas, como expressões de racionalidade do castigo, com pressupostos próprios sobre o delito, o delincente, o papel da sociedade e a resposta estatal. Portanto, está vinculada com as racionalidades políticas mais amplas que entram em crise na metade de 1970, e a ascensão de uma racionalidade conservadora e neoliberal na década de 1980. YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente**. Ed. Revan, 2002, p. 22.

41 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations**. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 7.

42 O *plea bargain* que a Siemens negociou com a o U.S. Court for the District of Columbia, atribuiu US\$ 450 milhões em multa pago ao Departamento de Justiça, US\$ 350 milhões à Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos, e US\$ 800 milhões à Procuradoria Pública de Munique. Entretanto, se este fosse condenado após o julgamento por júri, as multas poderiam alcançar até o montante de US\$ 2.7 bilhões. Ainda, a Siemens havia lucrado muitas vezes acima com o suborno realizados para assegurar contratos com governos no exterior por todo o mundo. GARRETT, Brandon L. *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 11.

Na prática investigada, quanto maior a corporação, melhor o acordo. Comumente concedem o *deferred prosecution agreements* e pagam multas baixas, e em muitos casos, nenhuma multa: 47% dos que negociam o *deferred prosecution* ou *non-prosecution agreements* não pagam nenhuma multa. Quando a multa é calculada nestes acordos, estas são calculadas nos pontos mais baixos da *sentencing guidelines*.⁴³ Neste cenário, procuradores federais apontam que sempre requerem “uma completa admissão das ilegalidades”. A vasta maioria de acordos inclui a declaração dos fatos (80%), - embora observe-se que em um quinto não há qualquer declaração – com admissão detalhada. Em qualquer procedimento criminal futuro, a corporação encontra-se vinculada a sua confissão; como em futuras ações civis, não será capaz de contradizer suas declarações, garantindo a indenização sobre as vítimas.⁴⁴

Através das novas legislações endurecendo os crimes corporativos/financeiros, GARRETT aponta que os procuradores, nas últimas décadas, progressivamente enfatizaram o objetivo de reabilitar os criminosos corporativos ao invés de os condenar, através do foco em realizar acordos e determinar reformas estruturais.⁴⁵ Assim, de acordo com o autor, procuradores permitem que a maioria das grandes corporações evitem um indiciamento ou uma condenação, os livrando da supervisão do governo. De 2001 à 2012, 58% das companhias que negociaram o *deferred prosecution* ou *non-prosecution agreement* eram listadas publicamente na Bolsa de Valores americana (148 de 255), enquanto somente 6% daqueles condenados sem tal acordo eram públicos (125 de mais de 2.000 empresas).⁴⁶

O interesse para este artigo sobre tal tópico é unicamente para trazer mais elementos, como o do *deferred prosecution* ou *non-prosecution agreement*, ao que apresenta-se que, até pelo próprio nome do nosso instituto, buscou-se implementar. Como se observa, sua utilização na lógica matriz do procedimento negocial, em nada poderia implementados no sentido que buscam os doutrinadores do MP, ao que se aplica à punição – ou sua falta – de corporações jurídicas, vinculando o acordo a uma ampla admissão das irregularidades da Corporação, na busca da reabilitação estrutural desta a um âmbito de licitude.

Segundo o autor, tal prática possui uma estrutura que remonta ao *Brooklyn Plan* na jurisdição de menores infratores, de 1930, que começou com a ideia de um procurador de ingressar um caso na Corte, mas deferir a persecução, prática

43 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations.** The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 14.

44 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations.** The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 61-62

45 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations.** The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 44.

46 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations.** The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 47.

conhecida como *diversion*.⁴⁷ Os *diversion programs* buscam canalizar a pequena delinquência fora do sistema, dar-lhes uma chance, e focar nos crimes de maior gravidade.⁴⁸ Neste sentido, a instituição do ANPP, apresenta-se claramente mais ligado a um sistema de *diversion*, um passo além após a implementação da transação penal, e como já apontado, de um *nolo contendere* – apenas a aceitação da responsabilidade pelo ilícito e não contestar – do que ao próprio instituto do *non-persecution agreement*.

5. UM MODELO DE ANPP PARA O BRASIL

Sobre a natureza jurídica da execução da sentença homologatória da transação penal, da Lei 9.099/95, se era condenatória, meramente homologatória ou *tertium genus*, o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE 795567, relatoria do Ministro Teori Zavascki, que a execução forçada da pena pactuada e aplicada sem o exercício de defesa, contraditório e a prova de culpa, feriria a cláusula constitucional do devido processo legal.⁴⁹

A lei “anticrime” n. 13.964/19, inseriu no CPP, o art. 28-A, criando o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Trata-se de negócio jurídico de feição premial, por meio do qual o acusado aceita submeter-se a determinadas condições em troca de não ser ajuizada a ação penal em seu desfavor. Homologado judicialmente e cumpridas as condições, é decretada a extinção da punibilidade (art. 28-A, §3º, CPP), o fato não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para evitar nova concessão do benefício no prazo previsto de cinco anos (art. 28-A, §12, CPP). A decisão judicial que homologa o ANPP não comporta juízo sobre a responsabilidade do aceitante, nos âmbitos civis e administrativos.

Sua abrangência é significativa, abarca tipos penais com pena mínima inferior a quatro anos computadas eventuais causas de aumento e diminuição (art. 28-A, §1º, CPP), entretanto, limitando a crimes praticados sem violência ou grave ameaça; vedado aos reincidentes, e o problemático texto em que “mantenham conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional”, salvo se tratarem-se de infrações de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei 9.099/95), e aos já beneficia-

47 Embora esta tenha uma longa história já desde a Inglaterra Medieval, o *pardon* foi utilizado condicionalmente em Massachusetts desde 1803 para assegurar bom comportamento futuro. *Mass. Acts and Resolves*, 1803, no. 117. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. **Law & Society Review**, vol. 33, n. 1, (1999), p. 225.

48 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations**. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014, p. 55. Encontra-se em FISCHER também.

49 Tema 187/ST: As consequências jurídicas extra penais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo.

dos no prazo de cinco anos pretéritos por ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

O ANPP, diversamente da transação penal, exige a investigação formal e detalhada da infração, onde concluindo-se não ser caso de arquivamento, pela avaliação do lastro probatório suficiente para o exercício da ação penal, poderá o MP propor o acordo, desde que seja “medida necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” sob condições legais que podem ser ajustadas cumulativa ou alternadamente.

O acordo não tem por objeto a medida privativa de liberdade, portanto, as condições legais transitam entre a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia voluntária a bens e direitos que constituam instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços e o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social que tenha por função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes àqueles lesados pela infração.⁵⁰

Como os exemplos anteriores, o ANPP deve ser formalizado por escrito contendo a descrição precisa da infração e das condições acordadas, onde é levada para homologação judicial em audiência designada especialmente para o ato, onde deve-se verificar a voluntariedade e legalidade do ato, que abrange a qualificação jurídica do fato, tendo em vista que não se permite barganhar sobre a(s) imputação(ões).

Se o juiz não entender adequadas ou suficientes, ou até abusivas, as condições do acordo, deve restituir os autos ao MP para reformulação (art. 28-A, §5º, CPP), mas não podendo por si alterá-las. Se o magistrado entender que a proposta não atende os requisitos legais, deverá recusar o acordo e devolver os autos para eventual complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (art. 28-A, §§7º, 8º, CPP), onde a verificação judicial deve também recair sobre a base fática do ANPP, seus elementos mínimos de prova que apontem indícios de autoria e prova de materialidade.

Cumprе ressaltar que neste ponto deveria ser oportunizado já o arquivamento judicial, tendo em vista que evitaria maiores movimentações do processo que se encontra sem elementos substanciais materiais e de autoria do caso penal. Ao que tudo indica, encontra-se tal ausência embasada em uma indevida manutenção antiquada do entendimento da obrigatoriedade da ação penal, e que assim restou prevista no texto legislativo. A recusa do oferecimento do ANPP

50 Art. 28-a, I, II, III, IV, V, da lei “anticrime” n. 13.964/19.

pelo Ministério Público não pode ser suprida pelo juiz, entretanto, há a previsão do art. 28-A, §14, CPP, podendo o acusado requerer a revisão da decisão pelo órgão superior do MP.

No ordenamento chileno, o magistrado pode estabelecer o alcance do *standard probatório* que o autoriza a proferir sentença absolutória, mesmo com a assunção da responsabilidade dos fatos pelo acusado. Além da previsão de exclusão dos elementos confessados, em caso de prosseguimento do caso, havendo homologação o magistrado não estará adstrito à negociação direta: “se exige que o juiz valore a prova e dite uma sentença”.⁵¹

Ainda no ordenamento chileno, o Ministério Público sequer tem o dever de justificar a denegação do acordo requerido pela defesa, como também em outro ponto importante, determina-se ao acusado apenas se este “admite a responsabilidade pelos fatos”.⁵² Como afirma Guillermo Calderón, a questão de insegurança que gera a completa discricionariedade ao MP sobre o acordo é a de que, em dois casos iguais poder apresentar maneiras distintas de proceder e de tratamento. Isto geraria “uma perca como ferramenta mais incisiva na persecução criminal”, mas cabe lembrar que os requisitos objetivos e subjetivos do nosso ANPP, já delimitam aos casos de criminalidade organizada e outros de maior gravidade.

Tal delimitação é necessária tendo em vista que observando a mitigação da pena observada no Brasil, de até dois terços, significativamente maior que na da Itália - de um terço - e menor que a chilena - que não prevê uma fração determinada -,⁵³ não incentive as falsas autocondenações. Nunca é demais lembrar que na Itália e Chile, estes sistemas foram implementados após uma profunda reforma acusatória no sistema de justiça criminal.

Por último, necessário refletir algumas conclusões de VASSALLI em relação ao ANPP:

Com efeito, parece-nos que a evolução da justiça negocial se encontra no reconhecimento explícito de que, ao renunciar ao processo penal litigioso em troca de uma pena reduzida, o im-

51 FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. “Juízo abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno”, em: COUTINHO, Jacinto Miranda et. *alli*. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil I-II. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 143 e 144.

52 “Cabe tener presente la obligación del Ministerio Público, si no consiente en la solicitud de patteggiamento presentada por la defensa, de explicar sus razones para ello. No existe tal cosa en Chile. En el procedimiento simplificado, la pregunta de si el imputado admite o no responsabilidad en los hechos del requerimiento viene impuesta por la ley, por lo que su formulación no depende de la voluntad del Ministerio Público. Pero la promoción del procedimiento abreviado sí depende del Ministerio Público; si este no quiere que tal procedimiento tenga lugar, no lo habrá, sin que tenga que expresar al juez de garantía ninguna razón para ello. Este aspecto del modelo chileno es riesgoso para el derecho a la igualdad ante la ley, porque frente a dos casos iguales, el fiscal podría ofrecer el procedimiento abreviado al imputado de un caso, pero no al del otro, sin que existan motivos que justifiquen un trato distinto”. CALDERÓN, Guillermo Oliver. A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico. **Revista Ius et Praxis**, Año 29, n. 1, 2023, p. 201.

53 CALDERÓN, Guillermo Oliver. A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico. **Revista Ius et Praxis**, Año 29, n. 1, 2023, p. 201.

putado admite sua culpa, que é acertada de maneira consensual e assim declarada na sentença. Uma vez que se permite o mais, que é a renúncia ao direito constitucional de resistir contra a inflação da pena, com todos os meios e recursos do processo litigioso garantista, não se pode compreender porque razão não se admita a própria premissa lógica da condenação, sem a qual o sistema resvala em contradições e polêmicas, com a agravante de não se atingir a tão desejada eficácia deflativa que desde o início inspirou a adoção da negociação no processo penal e que revolucionou o sistema de justiça nos países da tradição da *civil law*.⁵⁴

A autora segue apontando que o ANPP aparentemente sinaliza um passo no sentido de “uma alternativa definitiva ao processo”; no sentido de que, tendo em vista que a transação penal não o permite, pelo fato de que dispensa a justa causa (para ocorrer a transação penal)– “ao exigir a investigação exauriente e formalizada dos fatos – com resultado positivo de lastro probatório – e a confissão detalhada do crime, respectivamente como pressuposto e condição do acordo”.⁵⁵ Parcialmente a autora tem razão (não em relação à confissão, obviamente), por esta e inúmeras outras razões, que o procedimento deve ser crivado de garantias na sua ampla formalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destas razões é possível sumarizar os pontos sensíveis aos quais caberá as Cortes Superiores desenhar os contornos de um procedimento negocial em melhor conformidade com os princípios previstos na Constituição. Primeiramente, é justamente a gigantesca renúncia do direito constitucional ao devido processo legal, que justifica (e não permite), a conformação de garantias contra a autoincriminação, onde encontra-se explícita a indevida obrigação de “confissão, detalhada, delatória e pormenorizada”, como defende esta parcela da doutrina; as quais devem ser relegadas à discussão para a persecução de crimes organizados, financeiros, econômicos, e políticos, de outra ordem.

A apropriação desse instituto somente pode legitimar-se como política criminal que, sim, procure racionalizar o enfrentamento do volume de casos do poder judiciário, do aumento da criminalidade com medidas mais eficazes perante a realidade social, mas, principalmente, como instituto claramente despenalizador.

Dessa forma, a procedimentalização deve ser legislada. O requerimento de audiência com a finalidade das tratativas de ANPP entre réu e MP, pode ser realizado via petição nos autos. Oportunizada, o procedimento deve ser gravada por videoconferência (procedimento que já realizado até em Delegacias). Apresenta-

54 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 377.

55 VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021, p. 377.

do os termos, deve-se oportunizar à parte apresentar documentos que justifiquem a reelaboração dos termos (contraditório). A atuação fora do procedimento previsto, enseja em prejuízo à parte com a previsão de nulidade.

A aceitação do acordo ou sua denegação devem ser realizadas de forma fundamentada. Realizado o acordo, que o termo seja arquivado com todos os elementos de início de prova ou evidências cotejada com a sua fundamentação. Estes poderão salvaguardar a necessidade de futura rediscussão em caso de um acordo realizado de forma ilegítima. Todo o procedimento oficializado nos autos, são naturais salvaguardas à possibilidade do *charge bargain* ou do *sentence bargain* no futuro.

A questão não é apenas definir contornos atuais. O procedimento tem pequeno escopo. Mas uma simples alteração no art. 28-A, pode ampliar significativamente suas possibilidades (o prêmio não é insignificante com a previsão de diminuição até dois terços da pena), e dentro da construção do direito negocial penal, a impossibilidade do *charge bargain* e do *sentence bargain* são primordiais contra a coerção e ampliação do escopo da condenação dos inocentes.

Na nossa ainda breve incursão no ANPP, é fato que o procedimento se desenvolve na prática sem qualquer formalidade. Tentativas de ligações telefônicas ao réu que após muitos anos mudou de contato (e assim perde tal oportunidade), contato via *e-mail*, via *whatsapp*, são muitas as modalidades citadas da prática. Ainda, em muitas oportunidades são altíssimos os valores requeridos, como se fosse tal, uma legítima medida confiscatória, e muitas vezes, sem nenhuma viabilidade econômica do acusado.

Deve-se melhor observar, as demais condições legais cumulativas, como renúncia voluntária a bens e direitos, e principalmente, a prestação de serviços à comunidade, como elementos que reforçam a prevenção do crime, e também ensejem em medidas menos confiscatórias.

Tal instituto, como se percebe, demanda uma reformulação sobre o pesado inquisitorialismo investigatório. O seu lento desenvolvimento deve, a reboque, trazer decisões mais incisivas das Cortes Superiores sobre uma reforma na investigação pré-processual; identificando os pontos mais sensíveis para uma prática com maior contraditório no âmbito policial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History**. 79 COLUM. L. REV. 1, 19–24 (1979).

Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357, 98 S. Ct. 663 (1978).

BOWMAN III, Frank O. **The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis**. Columbia Law Review. Vol. 105, 2005, p. 1339.

Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970).

- CALDERÓN, Guillermo Oliver. A 35 años de la creación del patteggiamento italiano. Análisis dogmático de su configuración actual y juicio crítico. **Revista Ius et Praxis**, Año 29, n. 1, 2023.
- CAPUTO, Matteo. Il patteggiamento come problema per il Diritto Penale. Milano, 2008, p. 227-228. Apud: VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021.
- CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, out/dez 2020.
- CHEKER, Monique. **A Confissão do Concurso de Agentes no Acordo de Não Persecução Penal**. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (orgs.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Coletânea de Artigos. v. 7. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020
- DERVAN, Lucian E. **Bargained Justice: Plea Bargaining’s Innocence Problem and the Brady Safety-Valve**. Belmont University, 2012.
- DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 103, 1 (2013).
- ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Livraria Martins Fontes, 2ª, Ed., 2005.
- FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. “**Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno**”, em: COUTINHO, Jacinto Miranda et. all. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil I-II. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- GARRETT, Brandon L. **Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations**. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014.
- LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.
- LANGBEIN, John H. **56**. Faculty Scholarship Series, 1977.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal. Introdução crítica**. 3ª, Ed., SaraivaJur, 2017.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. MENDES, Tiago Bunning. **Lei Anticrime: A (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** Editora Tirant lo blanch, São Paulo/SP, 2020.
- North Carolina v. Alford**, 400 U.S. 25 (1970).
- Oxford Languages**. Disponível em: < <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>>. Acesso em 29 jun. 2023.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: Análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. 15, Jan. a Jun. 2015.
- VASSALLI, Luciana Sperb Duarte. Acordos entre Ministério Público e imputado no Brasil e na Itália: Aplicação da pena a pedido das partes, transação penal e acordo de não persecução penal. **Rev. do Ministério Público do RS, Porto Alegre**, n. 90, jul. 2021 – dez, 2021.
- VOGEL, Mary E. The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860. **Law & Society Review**, vol. 33, n. 1, (1999).
- YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente**. Ed. Revan, 2002.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines**. Empório do Direito, 2017.

CONFLITOS DO PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO NO SÉCULO XXI - LEGISLAÇÃO CRIMINAL DE EMERGÊNCIA

KAREN FERNANDES DOS SANTOS¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda um tema atual e vanguardista relacionado à aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* e a criminalização moderna no Brasil. Ao longo do tempo, o pensamento criminológico evoluiu, bem como o entendimento do jus puniendi e o movimento político-criminal influenciado pelas correntes do Estado Mínimo e Estado Máximo, Abolicionismo e Garantismo Penal. Esse progresso inspira a condução do Direito Penal de forma a atender à dignidade da pessoa humana e estabelecer uma conexão indireta com a Política do Estado.

Anteriormente, a justiça penal era predominantemente privada, porém, com a ascensão do Estado, a responsabilidade de punir foi transferida para o âmbito público, visando ao controle social e à contenção da criminalidade, enquanto assegura os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição da República de 1988.

Vale ressaltar que a intervenção estatal na liberdade individual é uma forma de violência institucionalizada, pois confere poder ao Estado, e a aplicação de sanções deve ser reservada para casos de alta tolerabilidade pelo grupo social, tornando-se uma fonte subsidiária para a preservação da ordem pública.

Contudo, no Brasil, observa-se uma inflação legislativa no âmbito penal, caracterizada pela elaboração de leis penais sem o devido embasamento técnico e pela ausência de debates jurídicos e sociais adequados. A produção legislativa deve ser pautada pelo rigor científico, priorizando a dogmática e os princípios que sustentam a ciência penal. É essencial, também, administrar a segurança pública de maneira eficaz para a efetivação do cumprimento das leis, uma vez que o mero aumento de leis não se mostrou eficiente na redução da criminalidade.

¹ Graduada em Direito.

Ademais, é preocupante o fato de que o Direito Penal tem sido utilizado como ferramenta de pedagogia social, ou seja, as alterações legislativas são motivadas por clamor social e influência midiática, em detrimento de critérios científicos do direito.

Essa crescente hiperinflação legislativa e o uso do sistema punitivo como *prima ratio* contribuem para o aumento contínuo das taxas de criminalidade e, conseqüentemente, enfraquecem a legitimidade e eficácia do direito penal. Diante disso, é imprescindível adotar no ordenamento jurídico brasileiro os princípios do direito penal mínimo.

No capítulo 1, serão abordadas algumas das modernas políticas criminais, que consistem em procedimentos estatais destinados a sustentar o controle social, incluindo o Estado Mínimo, Estado Máximo, Abolicionismo e Garantismo Penal.

Já no capítulo 2, examinaremos a dificuldade da aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* e suas derivações, com critérios para determinar a intervenção mínima; trataremos também do Direito Penal como instrumento Pedagógico, da inflação legislativa e dos critérios para a deflação legislativa.

A metodologia deste estudo baseia-se em análise jurídica fundamentada em leis e referenciais teóricos relevantes, proporcionando uma abordagem aprofundada e embasada sobre o tema em questão.

2. MODERNAS POLÍTICAS CRIMINAIS

A trajetória da humanidade sempre esteve acompanhada pelo fenômeno do crime, tornando essencial a criação de aparatos penais capazes de conter essa relação, da humanidade versus crime.

Desde os primórdios da civilização, a sociedade tem sido confrontada com comportamentos desviantes que colocam em risco a ordem e a segurança social. Esse fenômeno é impulsionado por uma combinação complexa de fatores, que envolvem questões socioeconômicas, culturais, políticas e psicológicas.

A criação de aparatos penais para conter a relação entre a humanidade e o crime é um reflexo da busca da sociedade por ordem e justiça. Através desses instrumentos legais e instituições de controle, pretende-se estabelecer limites e conseqüências para ações que transgridam as normas estabelecidas pela coletividade.

O respeitado Edgar Magalhães Noronha (2000, p.20), explica que a história do homem e do direito penal estão interligadas, sendo que o crime nasce com o homem e o acompanha, pois, a criminalidade é uma 'sombra' que nunca se afastou.

De fato, a constatação de que a história do homem e o fenômeno criminal estão interligados impulsionou o surgimento de diversas propostas e teorias no campo da política criminal, todas com o objetivo de desenvolver abordagens teóricas que buscam aprimorar a efetividade do sistema jurídico penal.

De acordo com a citação de D'Avila (2009, p. 19), foi Liszt quem afirmou pela primeira vez a existência da “ciência global do direito penal” e a necessidade de analisar o sistema penal como uma união entre ciência social e ciência jurídica. Essa visão defende que o direito penal deve ser ordenado por princípios tanto sociais quanto jurídicos, visando combater a criminalidade por meio de uma abordagem que considere as causas do crime e as consequências da pena, sendo papel do Estado regular esses critérios.

Ao propor a “ciência global do direito penal”, Liszt enfatizava a importância de integrar os conhecimentos provenientes das ciências sociais e jurídicas para desenvolver um sistema penal mais coerente e justo. Essa abordagem sugere que a política criminal deve considerar não apenas a aplicação das leis, mas também as questões sociais, econômicas e culturais que contribuem para o crime, buscando abordagens mais abrangentes e inclusivas no enfrentamento da criminalidade.

Claus Roxin (2000, p. 2-3) faz uma análise crítica sobre o pensamento de Liszt, apresentando algumas advertências importantes, vejamos:

À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantista de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado Leviatã.

Atualmente, a política criminal tem sido objeto de intensas discussões acadêmicas em universidades de diversos países. Nesse contexto, destacam-se quatro principais correntes de pensamento que moldam essas discussões: o Abolicionismo, o Garantismo, o Estado Máximo e o Estado Mínimo.

Conforme destacado por Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 46), a política criminal possui a importante função de eleger estratégias estatais para manter o controle social *in verbis*:

A política criminal é uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos. Assim, a criminologia fornece o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O direito penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias o saber criminológico esgrimido pela política criminal.

A política criminal incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes pú-

blicos. O direito penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias o saber criminológico esgrimido pela política criminal.

Além disso, é fundamental perceber que existe uma estreita integração entre a criminologia, o direito penal e a política criminal. Essas áreas do conhecimento estão intrinsecamente relacionadas e se complementam para proporcionar uma abordagem mais completa e embasada no enfrentamento do fenômeno criminal.

A criminologia, como ciência que estuda o crime e suas causas, fornece subsídios e dados empíricos para compreender os fatores que contribuem para a criminalidade.

Por seu turno, o direito penal, por sua vez, é o ramo do direito responsável por estabelecer as normas e sanções penais. Ele atua como ferramenta para aplicar as estratégias definidas pela política criminal, buscando a justiça e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A integração entre a criminologia, o direito penal e a política criminal permite que a tomada de decisões relacionadas ao combate ao crime seja baseada em evidências científicas e análises sólidas.

De fato, a política criminal transcende os limites meramente legislativos e permeia todas as atividades dos operadores do direito. Ela exerce uma influência significativa no direcionamento das práticas relacionadas ao direito penal e processo penal, impactando a maneira como são abordados os aspectos teóricos e práticos da justiça penal.

No julgamento de Claus Roxin (2002, p. 19), fica evidente que o enfrentamento dos desafios das ciências criminais e da dogmática do direito penal demanda a instituição de princípios que orientem toda a dinâmica do sistema penal. Esses princípios têm o propósito de estabelecer uma conexão entre a política criminal e a dogmática do direito penal, de forma a criar uma abordagem unificada, coerente e não contraditória

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência Listziana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*criminal politische Zweckmäßigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõe-se uma unidade dialética (...). (ROXIN, 2002, p.20)

A partir dessa perspectiva, a política criminal deve guiar o direito penal por meio de princípios político-criminais, ou seja, diretrizes norteadoras embasadas em critérios sociais e jurídicos. Essa interação entre a política criminal e a dogmática do direito penal é compreendida como uma unidade dialética, em que ambas atuam em harmonia e complementaridade, em vez de estarem em contraposição.

Essa concepção ressalta a importância de se desenvolver uma visão mais integrativa e holística no campo do direito penal. A abordagem dialética sugere que a política criminal e a dogmática do direito penal devem trabalhar em conjunto, considerando tanto os aspectos sociais e políticos quanto os princípios jurídicos, para garantir a efetividade e a legitimidade do sistema penal.

2.1. ABOLICIONISMO

O abolicionismo penal é uma corrente de pensamento datada na década de 80, que questiona a legitimidade do sistema penal como um todo, sendo considerada a abordagem mais radical, uma vez que propõe o fim da justiça criminal.

Diferente do que possa parecer à primeira vista, o abolicionismo penal não se restringe apenas à oposição à prisão como forma de punição. Na verdade, essa teoria critica o sistema penal integralmente, conforme destacado por Zaffaroni (2014, p. 89), que enfatiza a falta de legitimidade do sistema penal e sua ineficácia na sociedade moderna. Além disso, o abolicionismo defende a negação de legitimidade a qualquer sistema penal do futuro, postulando a abolição total do Direito Penal como instrumento de controle social. Em vez disso, aposta em ferramentas alternativas para a solução de conflitos por meio de mecanismos informais.

Dentro do movimento do abolicionismo penal, podemos encontrar diversas correntes e teorias de renomados estudiosos, como as de Louk Hulsman (1997), Thomas Mathiesen (2005) e Nils Christie (1998), que se unem em sua crítica ao sistema penal vigente.

O abolicionismo não se opõe apenas a prisão, mas sim, contra o sistema penal integral, em conformidade com o entendimento de Zaffaroni (2014, p. 89) diz que o abolicionismo não acredita na legitimidade do sistema penal, tampouco em sua eficácia na sociedade moderna, e, além do mais, tem como máxima que a negação de legitimidade de qualquer outro sistema penal do futuro. Postulando a abolição total do Direito Penal como instrumento de controle social, apostando em ferramentas alternativas para solução de conflito por mecanismos informais.

A principal premissa defendida por essa teoria é que a pena restritiva de liberdade não alcança a finalidade de ressocialização do indivíduo, como alegado pela teoria da prevenção especial. Pelo contrário, muitos argumentam que o sistema penal acaba por atender aos interesses da classe dominante, perpetuando desigualdades sociais e contribuindo para o aumento da criminalidade.

Conforme destacado por Bittencourt (2012, p. 593), o abolicionismo penal questiona a eficácia do atual sistema punitivo, conclamando por uma transformação das políticas criminais que privilegie a prevenção primária e a solução

de conflitos através do diálogo e da mediação, em detrimento da punição meramente repressiva.

A abolição da prisão supõe o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade no campo de controle da delinquência. Tais formas autogestionárias de controle da delinquência exigiriam a colaboração das entidades locais e das associações obreiras, afim de evitar o isolamento social que sofre o infrator quando é recolhido a uma instituição penitenciária.

2.2. DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITO PENAL MÁXIMO

O embate entre o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo é descrito pelo renomado jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 83). Ambos são considerados movimentos de política criminal que apresentam abordagens contrastantes em relação à aplicabilidade do direito penal.

O Direito Penal Mínimo corresponde a críticas voltadas para a utilização mais branda do Direito Penal. Sua missão fundamental é assegurar o princípio da intervenção mínima do Estado, que deriva do axioma jurídico “*nulla lex poenalis sine necessitate*” - ou seja, não deve haver lei penal sem necessidade. Em essência, o Direito Penal Mínimo busca limitar a atuação do sistema penal e preservar as garantias individuais, evitando o uso excessivo da pena como instrumento punitivo estatal.

Dentro da perspectiva do Direito Penal Mínimo, a proteção das garantias individuais é considerada uma primícia essencial. A aplicação rigorosa desse princípio busca garantir a certeza e a racionalidade nas decisões penais. Isso significa que o direito penal não deve atuar em casos indeterminados e incertos; ao contrário, a responsabilidade penal deve ser fundamentada em provas sólidas e convicções robustas. Ferrajoli (2002, p. 83) enfatiza que a certeza é um aspecto fundamental do Direito Penal Mínimo, visando evitar condenações arbitrárias e injustas.

Ao passo que a racionalidade consiste em afirmar que o direito penal deve ser previsível, os argumentos cognitivos sustentam que esse sistema deve buscar a “verdade formal”², conforme defendido por Luigi Ferrajoli (2002, p. 85):

A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasiona-

2 Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias exigentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. (FERRAJOLI, 2002, p. 83.)

das pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

Por outro lado, os argumentos cognitivos defendem a importância de se alcançar a “verdade formal” no processo penal. Essa noção diz respeito à busca pela verdade processual, ou seja, a apuração cuidadosa dos fatos e a determinação da responsabilidade penal com base em provas sólidas e irrefutáveis.

Em oposição, o Direito Penal Máximo é um modelo incondicionado, ilimitado e imprevisível. Nesse sentido, ele carece de um parâmetro racional de convalidação, tornando-se incontrolável e suscetível a abusos, pois não possui critérios bem definidos para sua aplicação. Como resultado, mesmo em casos de incerteza durante a condenação de um indivíduo, esse modelo não permite a absolvição com base nesse argumento.

Atualmente no Brasil, o Direito Penal possui como princípio a intervenção mínima do Estado, buscando restringir a aplicação do sistema penal a situações de real necessidade e gravidade. No entanto, observa-se uma tendência de inclinação em direção a dois pensamentos extremos: o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo.

Essa oscilação entre os extremos pode ser considerada esquizofrênica, uma vez que o sistema penal brasileiro parece oscilar entre a busca por uma abordagem mais garantista e restritiva, e, ao mesmo tempo, pela adoção de medidas mais punitivas e severas, muitas vezes influenciadas por questões políticas e interesses momentâneos.

2.3. *GARANTISMO*

O sistema garantista nasceu pelas reflexões do doutrinador Luigi Ferrajoli (2002), que esclarece que a crise vivenciada pelo Direito Penal decorre da ausência de um sistema de garantias em relação aos direitos sociais, as garantias de propriedade e de liberdade.

Outro ponto que intensifica a crise consiste na ausência de um constitucionalismo internacional, o que ocasiona o exercício de abuso de poder pelo Estado, principalmente em países subdesenvolvidos, que se escondem atrás das justificações do Estado de Direito e sua soberania.

Ademais, a complexa sociedade pós-industrial fomenta violações da legalidade, onde o Direito codificado não consegue abarcar todas as condutas potencialmente delituosas. A inflação legislativa e a incapacidade de tutela dos direitos individuais pelo poder público embasaram a teorização do Garantismo Penal.

O sistema garantista tem como objetivo proteger os direitos fundamentais, propondo algumas modificações na esfera jurídico-política do preceito penal:

primeiramente, é necessário reformar a teoria da validade das normas e também alterar a função do operante do direito criminal. Em segundo lugar, é preciso definir qual é a função do Estado e qual é a legitimidade democrática.

O garantismo tem como referência a racionalidade e a justiça, tendo como escopo primordial resguardar os direitos fundamentais individuais. Essa abordagem busca uma maior proteção dos cidadãos frente ao poder estatal, assegurando o devido processo legal e a presunção de inocência, ao mesmo tempo em que visa reduzir o uso excessivo e arbitrário do sistema penal.

2.4. POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Para o presente estudo, é necessário diferenciar preliminarmente a Política de Estado da Política de Governo. A última tem um tempo de duração limitado, de acordo com os respectivos mandatos, e é influenciada pela ideologia dos membros do governo.

No entanto, atualmente, a sociedade capitalista tem fomentado a segregação das classes sociais, em que aquelas com mais influência conseguem remodelar a vontade do ente estatal de acordo com seus próprios interesses. Nesse cenário, a oligarquia determina o conteúdo criminal que afetará não apenas o âmbito acadêmico, mas toda a dinâmica da sociedade.

Indubitavelmente, a ideologia é uma força motriz para a segregação da população. No entanto, é essencial que a administração busque oferecer o mínimo existencial e uma vida digna ao povo, almejando a abolição da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades, conforme preconiza o art. 3 da Carta Magna.

A Política do Estado, ao contrário da Política de Governo, tem natureza científica e não é transitória, nem vinculada a um mandato específico. Sua formação necessita da colaboração de diversos governos para constituir a política criminal do Estado Brasileiro. Ela é encarregada de delinear as finalidades, atividades e formas de execução que perdurarão ao longo de diferentes governos, estabelecendo assim uma política criminal sólida e consistente.

É importante ressaltar que a eficácia da Política do Estado depende do êxito de outras políticas criminais, como a política educacional, por exemplo. A Política do Estado é fragmentada, mas funciona como um corpo vivo, em que cada parte depende da outra para prosperar. Em outras palavras, isso significa que a política criminal não terá sucesso se as demais políticas falharem.

A política criminal é um fragmento do todo da Política do Estado, sendo uma seara científica voltada à apreciação do crime como elemento sujeito à sociedade. Ela deve ser percebida como a união de decisões técnico-valorativas no que

diz respeito ao funcionamento do poder político do Estado, que utiliza o arbítrio penal contra condutas consideradas reprováveis. (BINDER, 1997, p. 11)

Conforme os itens destacados, percebe-se que no Brasil não existe uma política criminal consolidada. Houve investidas com influência autoritária durante o Primeiro Império e na Ditadura Militar; no entanto, em ambos os períodos, faltou um requisito necessário para estabelecer uma política criminal efetiva: o consenso da população. O domínio desta não pertencia ao Governo, mas sim à coletividade.

É importante salientar sobre a inconstância da política criminal brasileira. O país tem uma política criminal instável devido à fragilidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que a sociedade ainda não conseguiu desassociar o direito da vingança privada culturalmente. Esse cenário acarreta violações exacerbadas do direito de liberdade, pois as intervenções nos direitos devem ser tratadas como último recurso e utilizadas com igualdade, a fim de diminuir o uso excessivo do poder punitivo do Estado.

Nesse aspecto, o Estado Brasileiro não possui uma política criminal claramente definida e desenvolve o sistema penal muitas vezes atendendo ao clamor social e à grande mídia, sem uma base científica sólida.

3. APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

O contrato social é um acordo consensual pactuado com o objetivo de formar uma sociedade. Nesse acordo, os indivíduos renunciam a uma parcela de sua liberdade e interesses em comum, transferindo determinada porção de poder à instituição jurídica dotada de autoridade política, a fim de usufruir do restante de sua liberdade com segurança.

A princípio, essas frações de liberdade unidas constituem o direito subjetivo do Estado, também conhecido como *jus puniendi*. No entanto, o objetivo principal do Direito Penal não é apenas regulamentar o dever de punir do Estado, mas sim utilizar seus recursos para efetivar o controle social.

O Estado está limitado a praticar a repressão penal somente quando essa ação for do interesse geral dos indivíduos e não apenas para atender a interesses particulares. Como assegura Cesare Beccaria (2013, p.10):

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

O princípio da aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* ou subsidiariedade consiste em uma orientação jurídico-política que fundamenta a ciência dos delitos e das penas. Trata-se de uma política criminal que limita o jus puniendi, concretizando os princípios do Estado democrático de Direito.

O Direito Penal passou por uma renovação fundamentada em ideias iluministas e nas pregações do italiano Cesare Beccaria (2013, p.10). Essas ideias eram contrárias às arbitrariedades do Direito Penal máximo, defendendo, em vez disso, a aplicação equilibrada e proporcional do Direito Penal, medida de acordo com a intolerabilidade da conduta do agente.

A violência associada ao Direito Penal é tão grave que a política criminal baseada nos princípios do Estado Democrático de Direito deve ter, como um dos seus fundamentos essenciais, a intervenção mínima do Estado e a aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*.

O princípio de “intervenção mínima” expressa graficamente um ulterior limite político-criminal do Jus Puniendi. Um limite coerente com a lógica do Estado social, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, de acordo com um postulado utilitarista. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio... cit., 1996, p. 250. apud BUSATO, 2013, p.52)

É imprescindível destacar que os avanços dos estudos das ciências sociais comprovam que a pena, com sua função de prevenir crimes por meio de exemplos, não é um meio eficaz quando comparado a outros instrumentos, sejam eles jurídicos, sociais, educacionais ou culturais (BUSATO, 2013, p. 56).

Nesta diapasão, revela-se de suma importância se atentar aos dizeres de Silva Sánchez, *ipsis verbis*:

Deve-se prescindir da cominação e sanção penal sempre que, no caso em questão, caiba esperar efeitos preventivos similares (ou superiores) da intervenção de outros meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de política social, sanções próprias do Direito Civil, do Direito Administrativo, ou inclusive meios não jurídicos de controle social. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación... op.cit., p. 247. apud BUSATO, 2013 p.56)

O princípio da subsidiariedade do Direito Penal assegura que a intervenção penal só deve ocorrer quando os outros instrumentos jurídicos e penais forem insuficientes e ineficazes para proteger o bem jurídico em questão, considerando a gravidade da violação das restrições significativas impostas sobre o indivíduo.

Como preconizava Maurach (1992, p.31, apud. BITENCOURT, 2019, p.57) sobre o Direito Penal como “*Ultima Ratio Legis*,” o Estado seleciona os bens jurídicos a serem tutelados, e o Direito Penal atua somente quando se mostra indispensável para a manutenção da ordem jurídica.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal devem ser essenciais para o desenvolvimento do ser humano em sociedade. Além disso, a conduta em questão deve ser de uma gravidade relevante e estar prevista no tipo penal, de modo a justificar a intervenção estatal na esfera da liberdade individual.

A faculdade de distinguir os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal e estabelecer parâmetros de gravidade frente às condutas delituosas denomina-se fragmentariedade. Isso significa selecionar os bens jurídicos coletivos de irrefutável valor para o desenvolvimento do homem na sociedade e protegê-los contra possíveis práticas delitivas.

A construção teleológica faz com que a imputação da pena dependa da criação de um risco não permitido e objetivo a prevenção, seja ela especial (individual) ou geral (coletiva), na medida da responsabilidade do agente e com a menor restrição estatal possível. O objetivo é aplicar o Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, apenas após esgotados todos os recursos jurídicos legais, recorrendo-se, enfim, às sanções penais.

Por oportuno, é necessário enfatizar a importância trazida pela teoria monista personalista do Direito Penal, que identifica o bem jurídico coletivo na medida em que este seja necessário para o desenvolvimento do indivíduo. Isso porque o Direito Penal moderno tem se inclinado a proteger o interesse individual em detrimento do interesse coletivo. Nesse sentido, o legislador deve justificar cuidadosamente quais bens serão tutelados e sua efetividade.

Essa moderna política criminal, mais garantista, é resultado dos avanços na proteção principiológica e no reconhecimento de direitos universais que prevalecem sobre os interesses da sociedade e do Estado, ressaltando-se a importância dos direitos e garantias individuais.

O emprego desmedido das ferramentas do Direito Penal não garante maior efetividade na proteção dos bens jurídicos. Pelo contrário, a aplicação excessiva de sanções penais pode levar à condenação do Direito Penal a uma função simbólica negativa (PRADO, 2019, p. 148).

De acordo com o princípio da efetividade do Direito Penal, sua atuação está condicionada à execução do princípio da intervenção mínima, ou seja, da subsidiariedade do Direito Penal. Isso significa que uma das funções mais importantes do Direito é garantir a seriedade de suas instituições.

É crucial destacar que quando determinada matéria do Direito não pertencia, desde o início, à esfera do Direito Penal, este não consegue sancionar de maneira equilibrada e competente. Isso acontece porque as sanções seriam desproporcionais em relação ao dano causado. Além disso, existem sanções cujos bens tutelados são de cunho social e que não merecem ser tratados dentro do âmbito criminal, conforme o entendimento de Claus Roxin (1986, p. 28):

Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.

De fato, é inegável que o progresso da humanidade não pode ignorar a necessidade de restrições sérias impostas pelo Direito Penal. No entanto, isso não significa que o Direito Penal deva ser completamente eliminado. Em vez disso, alguns conteúdos de proteção aos bens jurídicos podem ser transferidos para outras áreas do Direito, como o Direito Administrativo e o Direito Civil, enquanto os Juizados Especiais Criminais podem ganhar maior relevância.

Nesse contexto, é compreensível que haja incerteza em relação aos pensamentos do legislador brasileiro e até mesmo em relação à finalidade do Direito Penal. As constantes mudanças nas legislações e a falta de uma política criminal consistente podem gerar dúvidas e questionamentos sobre a abordagem do sistema penal.

É importante que a política criminal seja baseada em fundamentos sólidos, considerando a proteção dos bens jurídicos fundamentais, o respeito aos direitos e garantias individuais e a busca por uma justiça mais equilibrada e eficiente. Para tanto, é essencial promover o diálogo entre as diferentes áreas do Direito e buscar uma atuação mais integrada e coordenada, a fim de alcançar uma política criminal coesa e coerente com os valores e necessidades da sociedade.

3.1. CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Para determinar o princípio em questão, é necessário identificar se o bem jurídico em análise possui um valor capaz de promover o desenvolvimento do contexto social para o indivíduo. Por exemplo, direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade sexual e ao patrimônio devem ser considerados levando em conta tanto seu alcance qualitativo quanto quantitativo.

O segundo requisito para a aplicação do princípio da intervenção mínima é o ataque inadmissível perpetrado pelo agente, que implica na violação dos direitos fundamentais da vítima de forma intolerável.

Nesse sentido, a vítima desempenha um papel fundamental na caracterização da necessidade de aplicação de sanções penais. A gravidade do delito e o prejuízo causado à vítima são fatores relevantes para determinar a adequação da intervenção penal.

Claus Roxin (1986, p. 28) aborda essa questão da seguinte forma:

Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.

As considerações de Claus Roxin reforçam a importância de uma análise criteriosa da relevância do bem jurídico em questão e do impacto do delito sobre a vítima. Somente com uma abordagem sensata e equilibrada será possível aplicar

o princípio da intervenção mínima de forma justa e efetiva, garantindo a proteção dos valores fundamentais da sociedade e a justiça para as vítimas de crimes.

3.2. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PEDAGOGIA SOCIAL

O avanço tecnológico e a facilidade de comunicação na sociedade atual, que é massificada e tecnológica, têm criado crimes e necessidades complexas. A abundância de informações, aliada à sensação de insegurança, leva os indivíduos a constantemente sentirem que seus bens jurídicos estão em perigo.

Nesse contexto, quando são utilizados instrumentos de manipulação social e midiática para promover a ideia de que os mecanismos de controle civil e administrativo são ineficazes frente aos perigos, o Direito Penal muitas vezes é utilizado como primeira opção para resolver os problemas sociais.

A força da opinião pública tem influenciado o endurecimento das leis penais e a criação de novos tipos de condutas criminosas, tudo em busca do bem-estar e segurança coletiva. Esse sentimento coletivo de medo e insegurança faz com que a sociedade demande soluções estatais rápidas e eficazes para manter o controle social, conforme argumentado por Silva Sánchez (2011, p. 32).

O legislador brasileiro, atento à opinião pública, muitas vezes acata essa demanda e busca oferecer soluções repressivas aos conflitos sociais, criando novos tipos penais. Isso pode restaurar temporariamente o sentimento de segurança e atender ao anseio da sociedade, mas também pode transformar o Direito Penal em um espetáculo à parte, como mencionado por Nunes (2009, p. 4).

É essencial que essa vocação moderna do Direito Penal Brasileiro seja contida pelo princípio basilar da intervenção mínima estatal, que reforça a aplicação do Direito Penal como último recurso. A abordagem repressiva do sistema penal pode estimular uma intervenção intimidadora de caráter preventivo, conforme observado por Nunes (2009, p. 5).

O Direito Penal, em muitos casos, passou a ser visto como um fim em si mesmo e um instrumento de pedagogia social, buscando educar a população ao tutelar bens jurídicos que antes não pertenciam ao âmbito do Direito Penal. Nesse sentido, a aplicação do Direito Penal como *ultima ratio* tem sido negligenciada, com o sistema penal assumindo a posição de única *ratio*, ignorando outras possibilidades de combate à criminalidade, como medidas administrativas e governamentais.

Um exemplo disso é o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal brasileiro, que foi tipificado pelo legislador após um caso concreto que ganhou repercussão nacional. Nessa situação, um homem foi preso

por ter praticado ato libidinoso contra uma mulher sem o consentimento dela dentro de um transporte coletivo em Vitória, Espírito Santo.

Embora a tipificação de crimes seja importante para proteger os cidadãos e preservar a ordem social, é fundamental que essa elaboração legislativa seja pautada em critérios mais sólidos, como a efetividade e a necessidade de intervenção penal. A criação de novos tipos penais deve ser respaldada por uma análise cuidadosa dos impactos que tais medidas terão na sociedade, bem como de alternativas menos gravosas que possam ser aplicadas para a resolução de conflitos.

Nesta mesma lei, surge um aumento de pena se o estupro ocorreu de forma coletiva, que também fora baseado por um fato concreto de causou grande repercussão midiática nacional, conforme art.226, inciso IV, alínea “a” do Código Penal, *ipsis verbis* “art. 226, IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes”

Esse dispositivo legal foi criado como resposta a casos específicos de estupro coletivo que chocaram a sociedade e ganharam grande visibilidade na mídia. O objetivo ao aumentar a pena para esse tipo de crime é refletir a gravidade e a reprovabilidade das condutas em que múltiplos agentes se unem para cometer o estupro, causando danos e traumas intensos às vítimas.

3.3. INFLAÇÃO LEGISLATIVA

O Iluminismo e a renúncia ao sistema inquisitório representaram um importante marco na história do Direito Penal. Com o advento do Estado moderno, a legislação penal passou a ser criada por meio de um processo legislativo, permitindo que o Estado determinasse quais condutas seriam consideradas crimes e quais bens jurídicos seriam tutelados.

No entanto, em determinados períodos da história, como durante o surgimento do Estado intervencionista e ditatorial, o sistema penal passou por um processo de formulação legislativa que levou à hiperinflação legislativa. Nesse contexto, o Estado intervencionista buscava impor um programa político de automatização da criminologia, resultando na criação excessiva de leis penais e na perda dos limites substanciais entre ilícitos penais, administrativos e civis.

Essa hiperinflação legislativa ocorre quando há insegurança ou ineficiência dos controles políticos e administrativos, levando o legislador a punir qualquer infração, independentemente do dano causado ao bem jurídico ou da gravidade do próprio delito.

A inflação legislativa no âmbito do Direito Penal ocorre quando há uma excessiva criação de leis penais, levando o direito penal a assumir o papel principal de solucionar conflitos e restaurar a ordem pública.

Como consequência, as sanções penais podem perder sua força intimidativa e a violência estatal é utilizada de maneira desmedida, conferindo à pena uma função pedagógica. Esse fenômeno ocorre em um contexto funcionalista-eficientista, onde a pena possui uma função pedagógica. (CARVALHO, 2008, p.80)

A hiperinflação legislativa também pode ser observada no âmbito do Direito Penal de emergência, caracterizado pela criação de tipos penais impulsionados por emoções, tendências autoritárias e demagógicas. Nesse contexto, o legislador tende a atender aos anseios da sociedade e da mídia, oferecendo soluções superficiais e inócuas para garantir a segurança pública.

A mutação do Direito Penal nasce com novos tipos penais que prejudicam o sistema, reduzindo garantias, gerando uma dupla falência, ora na crise de eficácia penal, ora no colapso das garantias, por esse motivo ofende as funções que fundamentam o direito penal.

Essa mutação do Direito Penal resulta em novos tipos penais que podem prejudicar o sistema, reduzindo garantias e gerando uma dupla falência, tanto na eficácia penal quanto no colapso das garantias fundamentais. Diante desse cenário, é fundamental assegurar que o direito penal desempenhe suas funções de maneira equilibrada e em consonância com os princípios fundamentais que o fundamentam.

Conforme ressalta Salo de Carvalho (2008,p.82), é imprescindível promover uma reflexão crítica e cautelosa sobre as mudanças no direito penal, a fim de evitar a sua fragilização e preservar sua efetividade e legitimidade, segue *ipsis litteris*:

O atual processo de ampliação normativa, deflagrado em grande parte pelos discursos de emergência, gera espécie de 'panoptismo legal', ou seja, o alargamento brutal das possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais.

A inflação penal e a crescente criminalização de condutas podem causar sérios problemas ao sistema penal brasileiro. Quando há uma multiplicação excessiva de tipos penais e uma aplicação desproporcional das sanções, o resultado é um sistema penal desigual e ineficiente, incapaz de cumprir sua função de proteger os cidadãos e garantir a segurança da sociedade.

3.3.1. Critérios para deflação Legislativa

A deflação legislativa é um método de consolidação do princípio da aplicação do direito penal como *ultima ratio*, representando uma importante limitação ao *jus puniendi* e contribuindo para uma reestruturação da política criminal do Brasil. Esse conceito é influenciado pelo Garantismo Penal, que busca conferir valores substanciais às normas penais, visando minimizar o alcance do poder punitivo estatal.

O primeiro critério essencial da deflação legislativa decorre do princípio da necessidade, o qual estabelece que “*nulla lex poenalis sine necessitate*” - não deve haver lei penal sem necessidade. Ou seja, a imposição de pena, tanto em seu aspecto primário (condenação) quanto secundário (execução), é legítima somente quando absolutamente necessária para proteger bens jurídicos relevantes. Isso requer um juízo avaliativo cuidadoso para avaliar os danos causados pela aplicação da violência institucional, pois o direito penal justifica-se principalmente por sua aplicabilidade preventiva, evitando causar impactos mais danosos àqueles que buscam a resolução de conflitos.

Vinculado ao princípio da necessidade, encontra-se o princípio da lesividade, que fundamenta a função do direito penal em proteger os direitos fundamentais. Nesse sentido, é imprescindível que o direito penal seja acionado para proteger bens jurídicos relevantes, já que, como aponta Baratta (1987, p.650, apud. CARVALHO, 2008, p. 89), seu propósito é justamente tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos.

É importante destacar que o Direito Penal tem como objeto o bem jurídico a ser preservado, tornando a teoria do bem jurídico essencial para a definição das condutas passíveis de punição.

Dentro do sistema garantista, é necessário estabelecer um elo entre o princípio da necessidade e a efetivação do princípio da materialidade da conduta (*nulla injuria sine actiona*). Isso significa que o sistema punitivo não deve punir meros estados de animus, ou seja, pensamentos internos individuais, por mais imorais que possam parecer. O direito penal não deve regularizar determinada intuição moral, reconhecendo que o discernimento interno é patrimônio do indivíduo, não tendo capacidade de prejudicar outrem.

Na perspectiva externa, a teoria do bem jurídico tem o propósito de tutelar os bens jurídicos com o mínimo de sanções possíveis. Conforme Salo de Carvalho (2008, p. 90) destaca, o critério de criminalização deve considerar a capacidade de prevenir danos ou perigo concreto aos bens jurídicos individuais, para que a atuação do Estado não acarrete mais prejuízos.

Na Constituição Federal brasileira, são elencados diversos bens jurídicos de relevância para o bem-estar humano, tais como a vida, a integridade corporal, a segurança e a liberdade, entre outros. No entanto, de acordo com a visão de Ferrajoli (2002), existem três categorias de delitos que deveriam ser descriminalizados.

Em primeiro lugar, seriam retiradas as contravenções e infrações puníveis com penas pecuniárias ou restritivas de direitos. Para o autor, os delitos deveriam preencher requisitos objetivos e subjetivos para serem considerados, e as penas deveriam se limitar apenas à privação de liberdade. Assim, o processo penal teria

como escopo intervir e julgar somente em relação à liberdade de locomoção do indivíduo.

O segundo critério avaliativo seria pautado no princípio da lesividade, o qual considera apenas lesões tangíveis a terceiros, excluindo, portanto, crimes contra a administração pública, a ordem, o comércio, a autolesão e outros. Dessa forma, o foco seria dado apenas a condutas que efetivamente causem danos concretos a terceiros.

O terceiro critério avaliativo consistiria em uma restrição estruturante, tornando “imperativa a lesividade concreta”. Em outras palavras, os crimes de perigo abstrato deveriam ser convertidos em crimes de perigo concreto ou até mesmo serem descriminalizados, uma vez que o sistema punitivo não deveria aplicar sanções por mera desobediência.

O terceiro critério avaliativo, a restrição estruturante, visa tornar “imperativa a lesividade concreta”, ou seja, transformar os crimes de perigo abstrato em crimes de perigo concreto ou, em última instância, descriminalizá-los. Isso decorre do entendimento de que o sistema punitivo não deve aplicar sanções por mera desobediência ou com base em situações hipotéticas, mas sim exigir a comprovação de danos efetivos.

O princípio da culpabilidade é outro aspecto que corrobora para a aplicação de limites em relação à inflação legislativa. Ele estabelece que a responsabilização penal somente deve ocorrer quando há uma decisão autônoma, uma compreensão e vontade consciente de cometer o ato ilícito.

Entretanto, no cenário do Direito Penal brasileiro contemporâneo, tais critérios de racionalidade são frequentemente desrespeitados. A legislação é inflada com novas tipificações penais e normas abstratas já tipificadas, muitas vezes sem atender aos princípios elencados.

A proliferação de tipos penais e a falta de conexão com critérios como a lesividade concreta e a culpabilidade contribuem para uma inflação legislativa no direito penal, que se distancia dos princípios garantistas. Como resultado, o sistema punitivo acaba por ser aplicado de forma excessiva e indiscriminada, perdendo sua eficácia e comprometendo a justiça e a equidade nas decisões judiciais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto apresenta uma análise contundente sobre a situação do sistema de garantias e do Direito Penal no Brasil, enfocando a falta de uma política criminal bem definida, o uso excessivo da pena privativa de liberdade e a influência de clamores sociais e midiáticos na tipificação de condutas criminais.

Destaca-se que o país enfrenta uma decadência na legitimação de suas instituições, sendo parte disso a ausência de uma política criminal efetiva. Essa falta de direcionamento afeta diretamente a sociedade, permitindo abusos estatais e violações de direitos, especialmente das classes sociais mais desfavorecidas.

A crise do Direito Penal é uma realidade não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, com questões-chave, como a eficácia da pena privativa de liberdade e a ressocialização dos condenados, sendo constantemente debatidas. A aplicação do Direito Penal como “*Prima Ratio*” vai de encontro ao princípio da intervenção mínima estatal, revelando falhas no sistema penal e resultando em um tratamento esquizofrênico.

A utilização do Direito Penal de forma casuística, motivada por clamores sociais e midiáticos, pode levar à mitigação de princípios e resultar em legislações sem efetividade prática. Essa abordagem repressiva pode culminar em um sistema punitivo autoritário, prejudicando a dignidade humana e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ao priorizar políticas criminais repressivas, o Estado se afasta do conceito de democracia e negligencia a busca por soluções estruturais e igualitárias. A falta de políticas para a correção de problemas sociais e desigualdades aprofunda o quadro de hipertrofia penal e seletividade, comprometendo o Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, o trabalho confirma a hipótese de que a hipertrofia penal representa uma ameaça ao sistema de garantias e ao Estado Democrático vigente, promovendo interesses particulares em detrimento do bem comum. A política criminal brasileira se distancia de suas bases principiológicas, abrindo espaço para discussões acerca da constitucionalidade de diversas condutas criminalizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AQUINO, J. C. **O cárcere e o Juiz Criminal** - Execução Penal Visão do TACrimSP. São Paulo, SP, Brasil: Oliveira Mendes. 1998.
- BECCARIA, Cessari. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo, Italia: Edipro, 2013, Vol. 1.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: EdUnB, 1984.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale**. Roma: Laterza, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Razão e Direito** - Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. Revista dos Tribunais, 2002,
- FULLER, Greice. **Direito Criminal Difuso e a dignidade da pessoa humana e a Mídia na Sociedade da Informação**, São Paulo: Congresso Brasileiro de Direito da Sociedade da Informação, 2014.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito Penal**. 11 ed. São Paulo: Forense, 2018.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. **Sobre el principio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ROXIN, Claus. *Estudos do Direito Penal* (2 ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vagas, 1986.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal*. 2d. São Paulo, São Paulo, Brasil: Revistas dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **Aproximación**. Em P. C. Busato, *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Sites consultados:

AGUIAR, Annamaria Salles. **Louk Hulsman e o abolicionismo penal**. Tese de Doutorado. São Paulo, SP, Brasil: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011 Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/3303/1/Anamaria%20Aguiar%20e%20Salles.pdf>> Acesso em: 1 out. 2019.

ANDRADE, Vera. R. (2006). **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, 2006, p.27, 163-182. Disponível em: <<file:///C:/Users/Karen%20Fernandes%20Ramo/Downloads/15205-46853-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 out. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Principios de Derecho Penal Mínimo**: para una Teoria de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal. Buenos Aires: Depalma, 1987. Disponível em: <<http://daniela-feli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20dereito%20penal%20minimo.pdf>> Acesso em: 10 set. 2019.

BINDER, Alberto M. **Política criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. Disponível em: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BINDER%20_8_.pdf> Acesso em: 10 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. (2019). **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral (25 ed., Vol. 1). São Paulo, Brasil: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

BUSATO, Paulo César. (2013). **Direito Penal Parte Geral - Vol.1** (3ª ed., Vol. 1). São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010411/>> Acesso em: 23 set. 2019.

MORAES, Maurício Zanoide. **Política criminal, Constituição e Processo Penal**: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. São Paulo, SP, Brasil: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, Vol.101. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67712/70320>> Acesso em: 14 out. 2019.

NUNES Apolinário, M. **O populismo punitivo na era da informação e o direito penal como MN Apolinário** - Contribuciones a las Ciencias Sociales, 7 ed. 2009. Disponível em: <www.eumed.net/rev/ccss/04/mna.htm> Acesso em: 14 out. 2019.

PALADINO, Carolina Freitas. **Política Criminal**: direito penal mínimo x direito penal máximo. Rio de Janeiro: 2010. 61-82. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/189-742-5-pb.pdf>> Acesso em: 14 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Vol. 1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984403/cfi/6/10/4/12/2@0:0>> Acesso em: 14 out. 2019.

REINHART, M. *Tratado de Derecho Penal*. In: BITENCOURT, Cesar Roberto **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 25 ed. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2019, Vol. 1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 14 out. 2019.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL: UMA FORMA LEGAL DE VIOLAR O DIREITO DO RÉU

KARINA VELASCO DE OLIVEIRA¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar se o fato de admitir o uso da jurisprudência como fundamento para a resolução do caso concreto permitiu ao Poder Judiciário a criação da norma e, por via de consequência, violação ao direito do réu.

É fato que no regime político democrático o princípio da reserva legal possui destaque, pois garante a criação da lei por um órgão previamente constituído para tal função, além de garantir que somente há crime se houver previsão legislativa. Todavia, a jurisprudência vem ocupando local de destaque junto à lei, apesar da divergência no sentido de ser ou não fonte do direito.

As constituições federais e suas respectivas emendas, ao longo dos anos, ampliaram sobremaneira o poder criativo do julgador, concedendo maior liberdade quanto à solução a ser dada a um caso concreto. Assim sendo, atualmente a legislação permite o uso da jurisprudência como elemento de fundamentação do ato decisório, contudo exige uma postura firme do Poder Judiciário, eis que deve externalizar um entendimento harmônico e, via de consequência, deve segui-lo. De acordo com o art. 926 do CPC/2015, a jurisprudência deve ser estável, íntegra e coerente; e mesmo que uma margem de criatividade seja permitida ao julgador, ainda se considera que não pode ser utilizada para a criação de lei.

Entretanto, observa-se que o atual cenário jurisprudencial no país vai de encontro a tais recomendações, eis que diuturnamente o meio jurídico testemunha julgadores modificando o entendimento – realizando o *overruling* – muitas

1 Mestranda do Programa de Mestrado em Política Pública e Econômica da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integrante do grupo de pesquisa “Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional”, da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso (IERBB/MPRJ). Especialista em Direito Público e Privado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro (FEMPERJ/MPRJ); Professora Convidada da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Servidora Pública do Ministério Público do Rio de Janeiro. E-mail:karinavelascojuridico@gmail.com.

vezes de forma abrupta e em curto lapso temporal, transparecendo uma ausência de compromisso com os princípios constitucionais.

Assim sendo, o artigo analisa a relação do princípio da legalidade com a jurisprudência, e verifica se o direito do réu está sendo violado.

2. A MODIFICAÇÃO DA LEI E A AMPLIAÇÃO DO PODER CRIATIVO DO JULGADOR

O Brasil adota o sistema *civil law*, todavia seu Poder Legislativo, distanciando das características que deram origem ao referido sistema, vem, ao longo dos anos, formulando leis que concedem ao julgador poder criativo para decidir.

Assim sendo, e na tentativa de respeitar os princípios da legalidade e igualdade, observa-se que a legislação pátria passou a adotar técnicas de julgamento diferentes das previstas na origem do sistema *civil law*, como, por exemplo, o precedente judicial.

Essa modificação no sistema ocorreu devido, principalmente, ao constitucionalismo brasileiro, que concedeu, ao longo da história e de forma gradual, maior capacidade de interpretação ao magistrado, ocasionando o distanciamento da literalidade da lei.

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *commow law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Nota-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *commow law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.²

Ao analisar a modificação constitucional do Brasil, observa-se que a Constituição Federal de 1824, por forte influência da Revolução Francesa, não concedeu ao julgador liberdade de julgamento, exigindo a observância da literalidade da lei, além de não ter disposto sobre o controle dos atos do poder legislativo.

Já a Constituição Federal de 1891, tendo como influência à constituição norte-americana, buscou não somente o sistema de governo presidencialista, como adotou o sistema de freios e contrapesos, concedeu aos Estados autonomia e adotou a doutrina tripartida de Montesquieu, afastando a divisão quadripar-

2 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *commow law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR – Curitiba*, nº 49, p. 11-58, 2009, p. 21.

tida adotada pelo Império.³ Ademais, foi a responsável por conceder ao Poder Judiciário a função criativa de julgar, pois dispôs sobre o controle de constitucionalidade, no seu formato difuso. Essa transformação ocorreu devido ao fato de o sistema norte-americano prever o *judicial review*.

Ressalta-se que as regras de controle de constitucionalidade difuso motivadas pelo *judicial review* já existiam no direito brasileiro antes da referida constituição, como é possível verificar no Decreto nº 848/1890, sendo posteriormente sistematizado na Lei nº 221/1894.

A Constituição Federal de 1934 apresentou um compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo, tendo em vista ter ampliado os poderes do Executivo, mantido o sistema difuso de controle de constitucionalidade e criado a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Dando seguimento, vislumbra a Emenda Constitucional nº 16/1965, que deu origem a ação direta de inconstitucionalidade, possibilitando, ainda, o controle de constitucionalidade na forma concentrada, que poderia ser realizada pelos Estados. Tais fatos demonstram um passo no sentido de o judiciário exercer o seu poder criativo de interpretação da norma, afastando-se a literalidade da lei imposta pelo legislativo e, conseqüentemente, o distanciamento da essência do sistema *civil law*.

A Constituição Federal de 1988 continuou alargando a atuação do Poder Judiciário, eis que: concedeu legitimidade para novos agentes ingressarem com a ação de inconstitucionalidade; criou o controle de constitucionalidade referente à omissão legislativa; permitiu a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em seguida, a Emenda Constitucional 3/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade, e a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, e trouxe um leque maior de legitimados para ingressar com a ação direta de constitucionalidade.

No que tange à Emenda Constitucional nº 45/2004, verifica-se a criação da súmula vinculante, que é um tema sempre em voga quando debate-se a reforma do Poder Judiciário⁴. Assim, conforme disposto no art. 103-A, da CRFB/1988,

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009, p. 78.

4 Nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva: “É a questão da adoção oficial de uma interpretação fixa que se imponha a todos, e que foi objeto de larga discussão durante o Império. Assim é que José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou um projeto, em 1843, conferindo ao mais alto Tribunal do Império – o Supremo Tribunal de Justiça – o direito de julgar definitivamente as causas em que concedesse revista, porque, para ele, era uma anomalia que os tribunais inferiores pudessem julgar, em matéria de direito, o contrário do que tinha decidido o primeiro Tribunal do Império. Em 1855 a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em face de arestos contraditórios dos tribunais inferiores, lembrava a conveniência de uma medida legislativa no sentido de “estabelecer uma interpretação com força dos antigos assentos da Casa de Suplicação”. Houve até parecer que aconselhava a proposta de uma lei que autorizasse o Conselho de Estado a dar autêntica interpretação às leis, o que foi repellido pela maioria esmagadora do próprio Conselho, com o argumento de que a interpretação autêntica de leis não poderia, sem subversão dos princípios do direito público, pertencer senão ao Poder legislativo, cabendo a interpretação doutrinária inteira e necessariamente ao magistrado, na aplicação da lei aos fatos, e “é por isso que os assentos são vedados aos nossos tribunais” (cf. Joaquim Nabuco, Um Estadista do Império, pp. 230/234). [...] E, 1841, tanto na Câmara dos

cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), quando tratar de reiteradas decisões de matéria constitucional, seja através de ofício ou por provocação, após a decisão de dois terços dos seus membros, aprovar a súmula com efeitos vinculantes em relação aos órgãos inferiores do Poder Judiciário e a toda a administração pública. Indo além, possui o poder tanto de criar a súmula quando de o mesmo órgão rever e cancelar a qualquer tempo.

A título de exemplo do alargamento da função do judiciário, ressalta-se o art. 102, §2º, da CRFB/1988, que dispõe sobre o efeito vinculante das decisões do STF quando proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, no que tange aos órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas suas três esferas.

Diante desse cenário, atualmente o magistrado pode se distanciar da literalidade da lei, fato que comprova a modificação do sistema *civil law*.

Ressalta-se que na medida que passa a ser permitida a extensa interpretação da norma e uso de súmulas e de precedentes de forma indiscriminada, verifica-se que a Corte, composta por um corpo reduzido de notáveis, exerce o julgamento conforme o seu entendimento. Isso faz com que a alteração do direito esteja suscetível de constante modificação, fato que fortalece o cenário de instabilidade jurídica.

Logo, torna-se necessário o uso de técnicas para essa atividade criativa do magistrado, especialmente no âmbito penal, em que se discute a liberdade do indivíduo.

Outro exemplo é o art. 926, do atual Código de Processo Civil,⁵ o qual dispõe sobre a necessidade de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Esse artigo demonstra a preocupação do legislador com as decisões judiciais, que, por poder surpreender as partes através do ato criativo do magistrado, realizado no momento que opera a interpretação da norma, deve este, ao menos, observar a jurisprudência. O mandamento legal busca trazer uma decisão estável e de igualdade.

Conforme já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores, com o próprio tribunal desrespeitando sua jurisprudência, é um desserviço, já que se o próprio tribunal não respeita sua jurisprudência está dando um sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo.

Deputados como no Senado do Império, apresentaram-se projetos de lei autorizando o Supremo Tribunal de Justiça a “tomar assentos obrigatórios sobre a interpretação das leis. [...] Os assentos eram, pois, as súmulas vinculantes de outrora, com a mesma força de lei, como uma forma de interpretação oficial, impositiva, tal como as interpretações autênticas, e, nesse sentido, subversivas dos princípios de direito público, já que interpretação oficial obrigatória só é legítima quando feita pelo Poder Legislativo. Apesar disso, foram elas acolhidas no art. 103-A da CF, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004.” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009, p. 559.

5 Art. 926, CPC/2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, Acesso em: 08/03/2023.

Se é verdade que o desrespeito pelos juízes inferiores de entendimentos já consolidados pelos tribunais gera a quebra da isonomia e a insegurança jurídica, tornando o processo uma verdadeira loteria judiciária, ainda mais grave é a instabilidade presente nos próprios tribunais quanto ao respeito à sua própria jurisprudência.⁶

Em continuidade à análise do atual Código de Processo Civil, verifica-se também o art. 927,⁷ que traz determinações no sentido de dever ser considerada a hierarquia existente no Poder Judiciário. Cabe aos órgãos inferiores atentar para o entendimento emanado da Suprema Corte. O referido artigo ainda dispõe sobre a modulação temporal dos efeitos da decisão, que, diante da modificação do entendimento jurisprudencial dominante, para evitar desestabilização do sistema e conferir segurança jurídica, permite ao Poder Judiciário dizer a partir de qual momento o novo entendimento passará a ser considerado.⁸

Tais são exemplos de que o magistrado, atualmente, pode se distanciar da literalidade da lei, fato que comprova a modificação do sistema *civil law*. Ademais, foram inseridos instrumentos jurídicos e técnicas com o objetivo de ajustar irregularidades do próprio sistema. A liquidez das relações sociais ocasionou a impossibilidade de solucionar os casos concretos tão somente com a aplicação da letra fria da lei.

Entretanto, faz-se necessário impor limites a essa atividade criativa do magistrado, pois é essencial que haja um ambiente decisório estável e que atue em conformidade com o princípio da igualdade, devendo o julgador ser a ponte entre a letra da lei e os atuais valores sociais, sob pena de permitir a violação de direitos fundamentais, como a liberdade.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A FORÇA JURISPRUDENCIAL

O princípio da legalidade é um dos elementos que compõem a segurança jurídica. Partindo desse raciocínio, e visando entregar às partes processuais uma resposta estatal eficiente e justa, é necessário que o órgão julgador atue em conformidade não somente com o corpo de leis escritas em vigor, como também com os princípios, em especial os constitucionais, que refletem os valores supremos desejados pela sociedade. Tal postulado encontra sentido no próprio nome dado

6 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1300.

7 Art. 927, CPC/2015: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08/03/2023.

8 Art. 927, §3º, CPC/2015: “§3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08/03/2023.

à atividade jurisdicional superior, conhecido como *jurisprudência*, que outra coisa não é senão a derivação no nome latino *iuris prudentia*, que tem a ver com a virtude prática de matriz aristotélica da prudência, ou do grego o nome *phronesis*, cotejada com o direito posto e o caso concreto, à luz dos valores regentes da sociedade: a sabedoria prática (prudência) aplicada ao direito, jurisprudência.

Juarez Tavares destaca que não se pode esquecer o fato de o Brasil possuir tradicionalmente um Direito Penal escrito, e exemplifica ao citar as antigas Ordenações do Reino e o primeiro Código Penal do Império (1830), os quais já eram escritos e deviam ser seguidos pelos julgadores.⁹

Obsérvese que, antes que em otros países, las constituciones brasileñas (desde la Constitución Imperial de 1824) y nuestros códigos penales consagraron en su texto el principio de legalidad, como postulado de la imposición de pena. La discusión sobre la vinculación del Juez a la ley está, por tanto, presente en el derecho brasileño, lo que pone em evidencia el cuestionamiento del proceso de interpretación y la eficacia de la ley escrita e del propio principio de legalidad.¹⁰

Outro aspecto que circunda a temática “Princípio da Legalidade” é o fato de o Direito Penal somente ser requisitado como *ultima ratio*, ante sua incidência direta sobre a liberdade individual. A intervenção do Estado é limitada pelo princípio da legalidade, que se apresenta como “um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.”¹¹

Anselm von Feuerbach, responsável por sistematizar, em 1801, o princípio da legalidade e criar a Teoria da Coação Psicológica, encarou o referido princípio como um comando que visa organizar o sistema jurídico penal, para que o estado possa sancionar o agente – através da intimidação de uma pena –, considerando não somente a existência de uma lei penal, mas o fato de a lei penal ser responsável pela reprodução do que é justo. Logo, necessário que a pena tenha correlação direta com uma determinada lei, o que hoje conhecemos como *nullum crimen sine poena legali*.^{12 13}

9 TAVARES, Juarez. **Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia**. In: Anuário de derecho penal y ciencias penales. Madrid, v. 40, n. 3, set./dez. 1987, p. 753.

10 *Ibidem*, p. 754.

11 MILTON, Cairolí Martínez. **Curso de Derecho Penal Uruguayo**. 2ª ed., 2ª reimpr., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t. 1, p. 99.

12 FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Por Eugênio Raúl Zaffaroni. Buenos AIRES: Hammurabi, 1989, p. 61.

13 Sobre o estudo de Feuerbach, Nilo Batista assevera: “Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla “*nullum crimen nulla poena sine lege*”; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas “*nulla poena sine lege*”, “*nullum crimen sine poena legali*” e “*nulla poena (legalis) sine crimine*”. Um dos pilares sobre os quais se assentava a construção feuerbachiana estava em sua concepção preventivo-geral da pena, entendida como “coação psicológica”. Se a intimidação era a mais relevante função da pena, e sua inflicção deveria reforçar esse efeito intimidatório, só poderia ser infringida a pena com a qual a própria lei ameaçada. Outro pilar estava em seu arraigado liberalismo, que através do código penal não só pretendia a defesa do estado diante do criminoso, mas também do criminoso diante do Estado.” BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 6ª reimpressão, junho de 2021, p. 64/65.

Ainda visando atingir a máxima legalidade, observa-se que o Brasil viveu o que se denomina Era dos Códigos, que “se caracteriza por sistema do tipo fechado, com clara pretensão de exclusividade, unidade e completude.”, devendo a lei ser clara e acessível a todos. Nessa Era nota-se a legislação como fonte primária e absoluta do direito, o que ocasionou o afastamento da jurisprudência e da doutrina como instrumentos de resolução do conflito.¹⁴

Entretanto, a atuação jurídica demonstrou a necessidade de modificar a forma como o Estado deve solucionar os conflitos sociais, pois apesar de o Poder Judiciário estar, em tese, atuando em conformidade com os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, decidindo em conformidade com as leis e os valores sociais contemporâneos, e de forma imparcial, coexistem interpretações diversas para fatos similares, o que atinge o princípio da legalidade e torna fértil o solo para o crescimento da insegurança jurídica.

A Jurisprudência vem atuando no cenário jurídico ao lado do direito positivo. Ela ganhou espaço na medida em que a lei demonstrou não possuir capacidade de abarcar todos os conflitos sociais, além de os casos já solucionados apresentarem autoridade, servindo como elemento de persuasão. Essa situação permite o respeito ao princípio da igualdade e, conseqüentemente, o aumento da segurança jurídica.

O que justifica a própria autoridade da jurisprudência é a racionalização do direito positivo, sua sintonia com as ideias de correção, justiça, imparcialidade. Portanto, ainda que se reconheça a existência de *razões de autoridade* que militam a favor da vinculação ao precedente judicial – visualizando o precedente como uma fonte normativa que encontra sustentação tanto nessas razões de autoridade quanto em argumentos puramente racionais, sendo que em caso de conflito entre esses dois tipos de justificação é necessária uma ponderação entre eles – essas razões não podem ter força absoluta: o poder de estabelecer o *case-law* deve englobar, também, o de revisá-lo, aperfeiçoá-lo, viabilizar a sua evolução, ainda que sob certos limites.¹⁵

Com o olhar voltado para as decisões judiciais, surge a necessidade de compreender seus efeitos e a relação deles com a legalidade almejada. Assim, indaga-se sobre a relevância da Jurisprudência e se por meio dela o princípio da legalidade está sendo respeitado, ou se ela vem sendo utilizada como forma de burlá-lo, deixando de haver um sistema sistemático-dedutivo para haver um jurídico-problemático.

14 Hermes Zaneti Jr., ao afirmar que o direito brasileiro possui grande influência do direito português, complementa que “O direito europeu continental teve outra trajetória, muito relevante porque influenciou grande parte dos juristas brasileiros do século XIX, que estudaram quase todos na Europa, e mais próxima e determinante dos juristas da modernidade brasileira, que se pode dizer manifestada com toda sua potência somente no processo civil do Código de Processo Civil de 1973.”, ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 5ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 97.

15 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 339-340.

Tal risco chama à baila a necessidade da demonstração da imparcialidade do julgador por meio da fundamentação. O sistema jurídico busca a racionalidade e correção, tornando obrigatório a externalização das justificativas legais que dão embasamento para a razão de ser da decisão, de modo que “[...] os juízes se esforcem para justificar as suas decisões não apenas na sua própria autoridade, mas na racionalidade e no potencial de legitimação que os argumentos possuem para as decisões práticas de modo geral.”¹⁶

Nilo Batista afirma que o princípio da legalidade impõe de um lado a contenção aos abusos do absolutismo, e por outro postula a nova ordem, atuando na proteção do indivíduo e deixando demarcado o campo de atuação da coerção estatal. “Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.”¹⁷

Dentro dessa análise encontra-se igualmente importante compreender que somente cabe o respeito ao princípio da legalidade se não ocorrer a aplicação de um novo posicionamento jurídico. Isto porque, é necessário atuar na sociedade com a consciência do que é ou não crime. Não cabe ao Poder Judiciário modificar a interpretação do tipo penal, mesmo que devidamente justificada nas leis já postas, e aplicar o novo entendimento de forma retroativa, a fim de punir um agente por atos praticados quando naquela ocasião não eram considerados infração penal.

Mesmo com a importância crescente da figura da Jurisprudência, a título de observação, é necessário ter consciência de que o Estado Democrático de Direito possui como norte o princípio da legalidade, não permitindo que o indivíduo seja surpreendido com uma coerção penal diversa daquela prevista no ordenamento, tendo amplitude de aplicação, pois a sanção deve ser “[...] compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni.”¹⁸

16 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 11.

17 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 6ª reimpressão, junho de 2021, p. 63.

18 Ainda, complementa o autor que o referido princípio se encontra inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, citando, como exemplo, o art. XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infringida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.”; art. 9º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito.” BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 6ª reimpressão, junho de 2021, p. 65.

Ainda de acordo com Nilo Batista, o entendimento atual sobre o princípio da legalidade é de que possui função constitutiva, haja vista a positividade jurídico-penal quando da criação de um crime, o que causa a exclusão das penas ilegais e a constituição da pena legal.

Nesse contexto, afirma que o princípio da legalidade possui quatro funções: proibição a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibição da criação de crimes e penas por meio dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); vedação do emprego da analogia como forma de criar crimes ou fundamentar ou agravar a aplicação de penas (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); e, por fim, proibição de criminalizar de forma vaga e indeterminada (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).¹⁹

Diante da exigência de se observar a lei, cabe ressaltar que tal exigência principiológica encontra-se devidamente expressa tanto no texto constitucional - art. 5º, inciso XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”), como no Código Penal, art. 1º (“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”).

Entretanto, como a previsão legal exige o ato de interpretação por parte do órgão julgador, que irá realizar a ligação necessária entre a norma abstrata e os fatos sociais, nasce nesse momento o desafio de o Poder Judiciário atuar em conformidade com a abrangência dos direitos fundamentais, ou seja, com as diretrizes postas pelo legislador.

Nesse aspecto, compreende-se que as normas não trazem consigo um conteúdo compreendido por dedução, tendo em vista o próprio léxico, que permite variações de significado de uma mesma palavra, e sempre dependerá do contexto empregado e do ato de interpretação, o qual é permeado de subjetividades. Eduardo J. Couture afirma que a lei é expressa tanto em palavras, quanto em conceitos, além de as palavras possuírem significações variáveis e ondulantes, o que permite combinações de significados de forma ilimitada.²⁰

A compreensão de que a atividade julgadora não está tão somente em aplicar a letra da lei, pois já verificada a utopia do pensamento estritamente positivista, faz com que seja necessário realizar a interpretação de forma a considerar tanto a tipicidade penal quanto o poder discricionário do magistrado em decidir o caso concreto. Nesse contexto, a Jurisprudência ganha espaço, sendo o instrumento que se apresenta equilibrado para contribuir na resolução da lide, posto não confrontar com o princípio da legalidade, além de resultar na entrega de uma decisão fundamentada e não inovadora.

19 *Ibidem*, p. 66-75.

20 COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 5.

5. JURISPRUDÊNCIA: FONTE DO DIREITO OU ELEMENTO DE PERSUASÃO?

Ao buscar compreender qual o limite do magistrado ao julgar e interpretar a norma e qual o campo de atuação do julgador para operar em conformidade com a segurança jurídica imposta pela Constituição Federal, importante considerar que os mandamentos constitucionais direcionam o legislador para o que deve ser criado, todavia não causa o chamado “engessamento da lei”, pois as cláusulas constitucionais são por vezes abertas, fato que possibilita sua interpretação e criação conforme a necessidade social, devendo, as leis, portanto, estarem relacionadas com os valores constitucionais.²¹

Diante dessas problemáticas existentes no campo do Direito, faz-se necessário vislumbrar, no primeiro plano, quais as fontes do direito penal, ou seja, o movimento social que contribuiu para o seu surgimento, o que o fundamenta.

[...] fonte do Direito deve-se entender a origem primária, a gênese das normas jurídicas. Poderia ser, em outros termos, a todo e qualquer fato ou acontecimento que propicie o surgimento da norma jurídica. Kelsen, no entanto, atribui outro sentido à expressão fonte do direito, concedendo-se como fundamento de validade jurídico-positiva das normas de direito.²²

Conforme Nélson Hungria, “a fonte única do direito penal é a norma legal. Não existe direito penal vagando fora da lei escrita”, o que indica que os costumes, jurisprudência e princípios gerais do direito não são fontes do direito. Ademais, “*nullum crimen sine lege scripta*. Essa construção expressa que o direito penal é exclusivamente direito positivo”.²³

Cezar Roberto Bitencourt afirma que “fontes do direito, enfim, são todas as formas ou modalidades por meio das quais são criadas, modificadas ou aperfeiçoadas as normas de um ordenamento jurídico”.²⁴ Assim, apresenta as fontes formais imediatas como a lei; e as mediatas como os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do direito. E conclui que os costumes têm validade para o direito penal quando não criam ou agravam normas incriminadoras, mas apenas realizam um ajuste entre a norma e as concepções sociais.

Em relação à jurisprudência, diz o referido autor não ser fonte do Direito, anunciando que somente possuem valor de interpretação doutrinária, cabendo sua aplicação quando diante de dúvida ou deficiência da norma. Igualmente a doutrina, que “faz eco nos tribunais, na sociedade, nas universidades e particular-

21 É possível observar o art. 5º, XLI, da CRFB/1988 como um exemplo de cláusula aberta que exige proteção aos direitos fundamentais, pois ordena a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Igualmente o art. 5º, XLII, da CRFB/1988 que prevê a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime de racismo.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte 1.** 17ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

23 MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito Penal. Lições Fundamentais. Parte Geral.** 5ª ed. São Paulo: D' Plácido, 2020, p. 239.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte 1.* 17ª. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

mente na comunidade científica, que é o grande laboratório construtivo de um mundo melhor e mais humano”, mas que apesar disso, não vincula o intérprete. Logo, apenas a lei é fonte do direito penal.

Nessa toada, torna-se fundamental compreender a importância da vinculação do entendimento jurisprudencial na sua atuação vertical (tribunais inferiores devem seguir o entendimento dos superiores) e horizontal (respeito pelo próprio tribunal a seus entendimentos).

O Poder Legislativo traz no texto da lei a necessidade de o julgador observar a jurisprudência, ou seja, “ao conjunto de decisões proferidas pelos juízes e tribunais sobre as questões fáticas e jurídicas levadas ao seu conhecimento”.²⁵

Diante desse cenário, surge a indagação se as modificações que afetaram as características originais do sistema *civil law* provocaram uma aproximação com o *common law*, em especial, pelo fato de o julgador, atualmente, poder utilizar os precedentes como fundamento da decisão e ter obrigação de considerar a jurisprudência.²⁶

Essa modificação das características do sistema jurídico nacional é reconhecida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois diversos julgados apresentam a seguinte fundamentação:

[...] 4. A força da jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, de tal sorte que os Relatores dos apelos externos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito. Deveras, a estratégia político-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpretação dos sistemas do *civil law* do *common law*, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para casos iguais”, “soluções iguais.” [...] ²⁷

Na medida em que passa a ser permitida a extensa interpretação da norma e o uso de súmulas e de precedentes de forma indiscriminada, verifica-se que a Corte, composta por um corpo reduzido de notáveis, exerce o julgamento conforme o seu entendimento. Isso faz com que a alteração do direito esteja suscetível de constante modificação, fato que fortalece o cenário de instabilidade jurídica.

Diante disso, cumpre lembrar o que dispõe o preâmbulo e art. 1º, §único, da CRFB/1988, o qual determina ao Parlamento a edição de normas que repre-

25 GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 48.

26 Adota-se no presente artigo o conceito de precedente como “a decisão judicial em um caso concreto que trate de questão jurídica e não apenas de simples subsunção dos fatos aos textos legais, servindo como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que haja similitude entre os fatos dos dois casos” e jurisprudência como “o conjunto de decisões proferidas pelos juízes e tribunais sobre as questões fáticas e jurídicas levadas ao seu conhecimento.” *Ibidem*, p. 49/50.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2023. Recurso Especial (RE) 433896, Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20A%20for%C3%A7a%20da%20jurisprud%C3%Aancia%20foi%20origida%20como%20r%C3%A9cnica%20de%20sumariza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20julgamentos%20dos%20&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 08/03/2023.

sentam os valores da sociedade,²⁸ haja vista seus integrantes representarem o povo e os Estados, enquanto cabe ao Poder Judiciário a aplicação dela ao caso concreto.

Como forma de minimizar essa situação, a legislação mais moderna passou a exigir, ao menos, respeito ao entendimento majoritário e, caso esse não seja aplicado, a decisão deve vir fundamentada, expondo as razões da alteração.²⁹ Logo, percebe-se que o atual cenário jurídico exige conduta que vise à estabilidade do sistema, o que requer atenção aos princípios da segurança jurídica, legalidade e igualdade.

5.1. A JURISPRUDÊNCIA COMO ELEMENTO LIMITADOR DO PODER CRIATIVO DO JULGADOR

Não há no Brasil a regra de que julgados, e até mesmo a jurisprudência, tenham força normativa, eis que pode o Poder Judiciário, a qualquer momento, por diversas razões, decidir de forma contraditória, utilizando-se dos princípios constitucionais como razão de decidir, o que favorece o ambiente de insegurança jurídica.

Assim, cumpre observar que no caso de haver “indeterminação legal sobre um elemento do tipo penal, a jurisprudência alcança maior importância e valor normativo, já que o magistrado, por meio da interpretação acaba determinando o conteúdo das normas penais.”³⁰

Soma-se a essa situação o fato de o Brasil ter permitido, desde o que se chamou de Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), a utilização da Súmula Vinculante, que vem, inclusive, devidamente disposta no art. 103-A, da CFRB/1988. Tal fato colaborou para que a Jurisprudência ganhasse espaço ao longo do tempo, sendo tratada com força de lei e fonte do direito, apesar de formalmente não ser.

Ao encarar legalmente a jurisprudência como instrumento vinculante do Poder Judiciário, ocorrerá, certamente, a redução da liberdade do julgador quando do ato de interpretação da norma.

28 Preâmbulo da CRFB/1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Art. 1º, parágrafo único, CFRB/1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”, Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 08/03/2023.

29 “Ao exigir uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, o art. 926, *caput*, CPC/2015 busca eliminar a instabilidade nociva dos entendimentos de nossos tribunais, em especial dos superiores, quando o desrespeito aos requisitos exigidos pelo dispositivo legal ora comentado é ainda mais nocivo.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 1300.

30 GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 40.

Para os ordenamentos que encaram a jurisprudência com valor vinculante, observa-se a categorização das decisões da Corte em duas classes. A primeira com força persuasiva (*persuasive authority*), e afirma ser “atributo das decisões de cortes de jurisdição paralela ou de votos vencidos ou minoritários da mesma corte ou de cortes superiores; [...]”. Já a outra classe é a *binding authority*, possui força vinculante, e “[...] emana das decisões das cortes superiores de mesma jurisdição ou das decisões da mesma corte.”³¹

Assim, a vinculação do Poder Judiciário ao precedente causa a eliminação, ou ao menos a redução, da discricionariedade que o julgador possui; o que, por sua vez, contribui para a segurança jurídica, uma vez que haverá certeza dos parâmetros utilizados para o julgamento, além do respeito ao princípio da igualdade, pois será oferecido o mesmo tratamento a casos similares. Nesse cenário, compreende-se que a referida vinculação da jurisprudência aos precedentes “cumprir a função de estabilização do ordenamento jurídico sem que isso signifique, necessariamente, empecilho à evolução jurisprudencial nem à mudança de orientação – apenas evita que esta seja inadvertida ou discriminatória [...]”.³²

Nesse diapasão, considerando que a utilização da jurisprudência como orientação para decisão do caso concreto decorre, no Brasil, da aproximação do seu sistema jurídico com o sistema *common law*, cumpre ressaltar o fato de que “o juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres a partir do *common law*. Mas – é importante frisar – estava submetido ao *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito.”³³

Américo A. Taipa de Carvalho, ao analisar cuidadosamente a identidade entre lei interpretativa^{34 35} e acórdão, a fim de investigar se está ocorrendo viola-

31 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial. Do princípio da legalidade as súmulas vinculantes.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 111.

32 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial. Do princípio da legalidade as súmulas vinculantes.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 111.

33 Complementando, o autor afirma que “De qualquer forma, se, no primitivo direito inglês, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser interpretada pelos juízes. Note-se, portanto, que, ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo Legislativo, ou que a atuação deste poder era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*. Nesse sistema, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais, e não contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir o *common law* do *civil law*.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 7ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, p. 30.

34 Segundo o autor, Lei Interpretativa é: “um acto normativo autónomo: Imputar a uma determinada norma legal (lei interpretada) um determinado conteúdo normativo, um determinado sentido que vai, necessariamente, vincular a jurisprudência a decidir as questões jurídico-penais nesse referido sentido, é material e objectivamente, um acto criador de direito, é uma inovação legislativa; só, perspectivando esta realidade normativa formal e nominalmente, é que se poderá dizer – com o pequeno ou nulo valor que tal perspectiva formalística confere – que se trata de uma mera interpretação.” CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais.** Portugal: Coimbra Editora, 1990, p. 275.

35 “A suposição de que a produção legislativa é baixa nos Estados Unidos, o que impõe a criação do direito pelos juízes, não só é falsa como gera vários enganos em termos de direito comparado. A profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. No *common law* existem incontáveis precedentes interpretativos, cuja importância é conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 7ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, p. 31.

ções aos direitos fundamentais por meio de um desses instrumentos, afirmou que quando há a prolação de um acórdão (o que o autor chama de Assento), existe, de forma simultânea, duas funções, quais sejam: judicial e legislativa. Dessa forma, compreende que um acórdão pode ser inconstitucional, fato que acarreta a análise do princípio da separação dos poderes, o qual se refere tanto à questão da organização e estrutura do Estado, quanto, e talvez mais importante, aos direitos individuais.

Ao buscar identificar a parte vinculante da decisão, observa-se a *ratio decidendi*, que se conceitua por ser “as razões essenciais para decidir ou os fundamentos determinantes”, o que afasta a parte da fundamentação, bem como o relatório e o dispositivo. A parte da decisão chamada de *obiter dictum* não se confunde com as razões da decisão pelo fato de trazer uma simples opinião, não sendo, assim, o cerne da resolução da questão, mas sim elemento prescindível para o deslinde do caso. Dessa forma, “o *obiter dictum* geralmente é definido depois da identificação e da separação da *ratio decidendi*, por exclusão, uma vez que é tudo o que não se considera *ratio decidendi*.”³⁶

Thomas da Rosa de Bustamante compreende que a razão de decidir deve ser encontrada nos fatos utilizados pelo julgador para definir o caso concreto, mas não nas razões expostas, pois o magistrado, visando concluir a lide, parte dos fatos que ele compreende como relevantes, a partir disso inicia o processo de interpretação/criação do direito. Assim, “interpretar um precedente judicial significa, portanto, distinguir no caso tomado como paradigma os fatos considerados “materiais”, que constituem a *ratio decidendi*, dos fatos “não-materiais”, ou seja, que constituem meros *obiter dictum* [...]”.³⁷

Para identificação e análise da parte da decisão que expressa sua autoridade vinculante, é necessária a adequada fundamentação, sendo, inclusive, mandamento constitucional, e processual penal, conforme art. 93 inciso IX, da CRFB/1988 e art. 564, inciso V, do CPP/1941. Caso desrespeitados, a decisão deve ser retirada do universo jurídico, ante o reconhecimento de sua nulidade.³⁸ Soma-se a isso a exigência do art. 489, do CPC/2015, que expressa os elementos

36 GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 77-80.

37 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 106.

38 Art. 93, IX, CRFB/1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, Acesso em: 14/06/2023.

Art. 564, inciso V, CPP/1941: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] em decorrência de decisão carente de fundamentação.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, Acesso em: 14/06/2023.

essenciais da sentença – relatório, fundamentos e dispositivo -, devendo a interpretação recair sobre todos.³⁹

No âmbito penal, observa-se que a decisão judicial é baseada no princípio da persuasão racional ou livre convicção motivada, que concede liberdade ao julgador, pois não fica restrito a limites rigorosamente delimitados pelo ordenamento, não podendo, todavia, orientar-se exclusivamente por suas convicções pessoais.

Nessa esteira, Guilherme de Souza Nucci compreende que apesar de ser vedado ao magistrado expor suas razões pessoais de convicção, há espaço para que se utilize a jurisprudência como razão de decidir, “desde que demonstre a sua aderência expressa ao entendimento adotado nos tribunais, além de demonstrar a subsunção do caso em exame a referidos julgados”.⁴⁰

O CPP/1941, no art. 381, dispõe sobre os elementos de uma sentença, contudo não é específico em relação à necessidade de demonstrar as razões legais quando uma determinada decisão estiver em caráter diverso do entendimento jurisprudencial dominante. Assim, somente aborda a temática quando trata de prisão preventiva (Capítulo III – Da prisão preventiva), conforme é possível conferir no § 2º, do art. 315, que traz os requisitos necessários para uma decisão ser considerada motivada e fundamentada.⁴¹

Entre outros elementos, o referido parágrafo veda a decisão que tão somente invoque precedente ou enunciado de súmula sem identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a relação dos elementos do caso concreto com os

39 Art. 489, CPP/1941: “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...] §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, Acesso em: 14/06/2023.

40 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, não paginado.

41 Art. 315, CPP/1941: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, Acesso em: 14/06/2023.

tais fundamentos; bem como proíbe decisão que deixe de seguir um enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente que tenha sido invocado pela parte, sem demonstrar a existência da distinção do caso apresentado ou a superação do entendimento.

Ao analisar a estabilidade e o dinamismo jurisprudencial no Brasil, o CPC/2015, no art. 926, *caput*, exige a jurisprudência estável, íntegra e coerente⁴², e para atender a essa exigência legal, o sistema *civil law* brasileiro vem fazendo uso, ainda que de forma incipiente, do *overruling* - revogação de um entendimento jurídico que se tornou equivocado ou incompatível com os atuais valores da sociedade ou do Direito.⁴³ -, comumente utilizado no *common law*, como forma de assegurar os atuais valores sociais e não atingir de forma abrupta o princípio da legalidade.

Contudo, não há outro artigo ou legislação prevendo normas que possam complementar ou agregar ao que está disposto no art. 926, CPC/2015, que se restringe a traçar diretrizes gerais mínimas no sentido acima exposto. Logo, necessário disposição legal que expresse matrizes basilares sobre o campo de atuação do magistrado, a fim de coibir decisões que estejam distantes do cenário jurídico posto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que a lei penal não se mostra capaz de solucionar todos os casos, além de não poder ser reduzida ao que consta especificamente no código e nas leis próprias, pois o alcance, a partir do exercício da interpretação, é dado pelo julgador, que por via de consequência, contribuiu para o surgimento da jurisprudência.

O juiz, diante do caso concreto, faz o exercício de extração do significado da lei, e, cotejando com as circunstâncias apresentadas no processo, expressa, por meio da sua decisão, uma norma que solucionará a questão prática. Esse ato exige fundamentação, a fim de não somente atender a uma orientação de ordem legal e principiológica, mas permitir à sociedade compreender os elementos valorativos utilizados.

Nesse sentido, a legislação processual penal determina a necessidade da fundamentação, especialmente quando o resultado do processo diverge do en-

42 Apesar de no CPP/1941 não existir artigo que disponha da mesma orientação, o seu art. 315, §2º, VI, traz a necessidade de a decisão que trate de prisão preventiva ser motivada e fundamentada e, caso deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve o magistrado demonstrar a existência de distinção do caso ou a superação do entendimento.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011, p. 224.

tendimento consolidado (art. 315, §2º, inciso VI, do CPP/1941)⁴⁴, o que vai ao encontro do que está expresso no CPC/2015, art. 926, quando determina que os Tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Entretanto, o atual cenário jurídico mostra-se inseguro, pois apesar de exigir fundamentação e respeito ao entendimento posto, constantemente há decisões contrariando a jurisprudência consolidada, acarretando, com dedicado esforço, novos entendimentos e, por sua vez, insegurança jurídica.

Assim, indaga-se como deve ser tratada a jurisprudência, que, apesar de o sistema jurídico pátrio ter como orientação basilar a lei, permite sua prolação, exigindo do sujeito novas normas de conduta. Esse questionamento considera que o acórdão é utilizado como forma de inovar no sistema jurídico, apesar de não ser lei, tendo capacidade de atingir direitos fundamentais, como a liberdade individual. Logo, pode ser um instrumento que transforma o sistema sistemático-dedutivo em jurídico-problemático.

Nesse contexto, a jurisprudência possui espaço no sistema jurídico brasileiro, eis que comprovada a insuficiência legislativa para solucionar todos os conflitos sociais. Todavia, faz-se necessário resgatar a orientação basilar do princípio da legalidade, em que, somado ao conceito de crime, impõe ao julgador uma resolução do caso concreto conforme o entendimento jurídico consolidado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 6ª reimpressão, junho de 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte 1. 17ª. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: O peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. Portugal: Coimbra Editora, 1990.
- COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Por Eugênio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial. Do princípio da legalidade as súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

44 “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [...] § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, Acesso em: 16/06/2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito** – UFPR – Curitiba, nº 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, nº 3, jul/set 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito Penal. Lições Fundamentais. Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: D' Plácido, 2020.

MILTON, Cairolí Martínez. **Curso de Derecho Penal Uruguayo**. 2ª ed., 2ª reimpr., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª ed. São Paulo: RT, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, Curso de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**. Parte Geral. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2009.

TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidade y jurisprudencia. In: Anuário de derecho penal y ciencias penales. Madrid, v. 40, n. 3, set./dez. 1987.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 5ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2021.

APOROFOBIA E SISTEMA PENAL BRASILEIRO: MECANISMOS PUNITIVOS E CONTROLE SOCIAL DE GRUPOS VULNERÁVEIS

LARISSA PIZZOTTI FAIÇAL¹

MARIA VICTÓRIA S. CORREIA DE SOUSA²

1. INTRODUÇÃO

A despeito da incompatibilidade entre a aplicação da prisão e da suposta finalidade declarada do sistema penal, qual seja a redução das práticas delituosas, a escolha pelo encarceramento do indivíduo permanece uma constante na pós-modernidade³. Desse fato se extrai que, não alcançando seu fim declarado, o sistema penal continua a agir movido por ocultas razões. Compreender que, independentemente de suas regras, o sistema se encontra inserido no modo de produção capitalista, auxilia quem se propõe a pesquisar quais seriam os reais fins buscados pela segregação dos indivíduos.

Por tal razão é que o presente artigo se guia e busca responder qual a função do sistema penal quando inserido no capitalismo e qual é o mecanismo por ele utilizado para alcançar esse fim. A hipótese delineada é a de que o sistema penal busca o controle social e a manutenção de um *status quo* dominante, em que se divide a sociedade entre os desejáveis e indesejáveis. Aqueles que são economicamente desinteressantes ao sistema, são excluídos do convívio social e devem permanecer na situação de vulnerabilidade econômica. Como mecanismo, elabora-se a hipótese secundária de que o sistema penal se utiliza da aporofobia – rechaço aos pobres – para determinar aqueles que ficarão alheios à sociedade

1 Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (Bolsa Mérito do Instituto Presbiteriano Mackenzie). Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada em Direito e Processo Penal pelo Mackenzie e em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos Avançados de Dogmática Penal do IBCCRIM. Professora do Curso de Direito da UNINOVE. Advogada. E-mail: Lpfaical1@gmail.com

2 Doutoranda (Bolsa Mérito do Instituto Presbiteriano Mackenzie) e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Damásio. Advogada graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos. E-mail: mariavictoriasaorini@gmail.com

3 Conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2021, o Brasil possui uma taxa de ocupação de prisões acima de 100% das vagas disponíveis. A média de ocupação entre as regiões do Brasil é de 138,16%, ressaltando-se o mais alto índice de ocupação no Nordeste (166,10%). Verifica-se o número de 690.826 pessoas encarceradas, enquanto há apenas 500.026 vagas em todo o sistema carcerário nacional. Em contrapartida, ao analisarmos o número de crimes cometidos por ano, verifica-se que o indicador não teve redução, segundo o Atlas da Violência do IPEA (2019).

e que manterão a existência de uma classe de perigoso que deve ser neutralizada e, posteriormente, submetida às regras e condições de trabalho degradantes e inerentes ao neoliberalismo.

Para alcançar o objetivo principal de pesquisar como o sistema penal se utiliza da aporofobia para realizar o controle social e, por fim, manter sua clientela em situação de vulnerabilidade, foram analisadas decisões denegatórias de *habeas corpus* proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A pesquisa documental, realizada sobre as decisões judiciais, inicialmente, baseou-se em filtros terminológicos, destacando-se os termos “morador de rua” (utilizado para se referir às pessoas em situação de rua), “prisão preventiva” e “vínculo com o distrito de culpa”. Posteriormente, optou-se pela análise da linguagem utilizada e o grau de ênfase dado à vulnerabilidade econômica como fundamento para a manutenção da segregação do cidadão de sua convivência social.

No que concerne à relevância da presente pesquisa, existem dois pilares de sustentação para justificar a sua realização e a necessidade de se adentrar à análise do controle social e à escolha estatal dos economicamente vulneráveis como os que servirão de base para a manutenção da sociedade capitalista. O primeiro deles refere-se à visibilidade que precisa ser dada à aporofobia e às mais diversas maneiras pelas quais esse tipo de violência é praticado no Brasil. São inúmeras as formas de exclusão existentes na sociedade, muitas tão antigas quanto sua própria fundação. Porém, todas as combatidas e combatíveis têm algo em comum: a atribuição de um nome, de um significado. Isso porque, para que algo seja observado pelo ser humano e compreendido pelo seu processo de cognição, é necessário que se esteja presente em sua linguagem, que passe pelo processo de significação. Assim, sem a difusão da aporofobia, seu termo próprio e a forma como ela é propagada pela estrutura do judiciário, qualquer tentativa de combate ou conscientização perderá seu efeito.

Por outro lado, o alto índice de encarceramento e o aumento da população pobre no país apenas indicam que, ano após ano, as condições das prisões brasileiras estarão cada vez mais precarizadas e abarrotadas. Como se demonstrará, os pobres são os mais afetados pelo sistema criminal, em contrapartida, o número de pobres cresceu exponencialmente no Brasil na última década. Conforme o Mapa da Nova Pobreza, realizado por Marcelo Neri⁴, desde o começo da série

4 NERI, Marcelo. **Novo Mapa da Pobreza**. FGV Social - Centro de Políticas Sociais: Rio de Janeiro, 2022, p. 27. Disponível em: < <https://cps.fgv.br/MapaNovaPobreza> >. Acesso em: 10 jun. 2023: “O contingente de pessoas com renda domiciliar per capita até 497 reais mensais atingiu 62,9 milhões de brasileiros em 2021, cerca de 29,6% da população total do país. Este número de 2021 corresponde a 9,6 milhões a mais que 2019, quase um Portugal de novos pobres surgidos ao longo da pandemia. A pobreza nunca estava tão alta no Brasil quanto em 2021, desde o começo da série histórica em 2012. Demonstramos neste trabalho que 2021 é ponto de máxima pobreza dessas series anuais para uma variedade de coletas amostrais, conceitos de renda, indicadores e linhas de pobreza testados.”

histórica em 2012, a população brasileira nunca foi tão demarcada pela existência da pobreza quanto em 2021. No mesmo sentido, também se aumentou a população que mais sofre com a falta de recursos, aqueles que não possuem o mínimo de intimidade e que, além de estarem em situação de rua, são alvos diários de violência e exclusão. Em pesquisa realizada pelo Censo de População de Rua⁵, constatou que existem 180.000,00 pessoas em situação de rua no Brasil, sendo que só em São Paulo existem 42.000,00 pessoas. Apurou-se, ainda, que apenas no ano de 2022, 5.039 pessoas passaram à situação de rua, um aumento considerável. Unindo-se essas informações à indicação de que os pobres, ressaltando-se a população em situação de rua, são os que mais sofrem com o sistema – capitalista e carcerário – conclui-se que, cada vez mais, é necessário olhar e enxergar essa população.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. APOROFOBIA: A AVERSÃO AOS POBRES

A palavra aporofobia pode ressoar insólita aos ouvidos, mas não é apenas sua forma lexical e fonética que causa ojeriza. O sentido epistemológico do termo abarca um sentimento indigno e sombrio que culmina há anos nossa sociedade. A aporofobia⁶, conceito introduzido por Adela Cortina⁷ e definido como o rechaço, aversão, temor e desprezo ao pobre, tenta nomear uma realidade social marginalizada e silenciosa até a publicação de seu livro, “Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para a democracia”, quando este neologismo adquiriu certa notoriedade do público em geral⁸. Embora a expressão tenha sido cunhada pela autora desde a década de 1990 e disseminada por outros estudiosos⁹, no ano de 2017 foi incorporada pelo dicionário da Real Academia Espanhola (RAE) com a seguinte definição: “fobia as pessoas pobres ou desfavorecidas”¹⁰, bem como, foi eleita palavra do ano pela Fundação da Espanha (Fundéu BBVA), superando potenciais adversários como *fake news*, *uber* e *bitcoin* por seu potencial de mudar a realidade¹¹.

5 SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL - SMADS. Prefeitura de São Paulo. **Censo da População de Rua**. São Paulo, 2022. Disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoi-ZWE4MTE5MGItZjRmMi00ZTcyLTgxOTMtMjc3MDAwMDM0NGI5IiwidCI6ImE0ZTA2MDVjLWUzOTU0N-DZiY1iMmE4LThlNjE1NGM5MGUwNyJ9>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

6 O termo “aporofobia” é derivado da combinação de duas palavras gregas: “á-poros”, que significa pobre, e “phobos”, que denota aversão ou medo.

7 Filósofa e professora catedrática de Ética e Filosofia Política da Universidade de Valência.

8 O conceito foi publicado pela primeira vez em 1995 na revista ABC Cultural.

9 Dentre os estudiosos que abordaram o tema, destacam-se Marcelo Andrade e Emilio Martínez-Navarro.

10 DEL. **Diccionario de la lengua española** – Real Academia Española. Disponível em: <https://dle.rae.es/aporofobia?m=form>. Acesso em: 13 maio 2023.

11 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. FUZIGER, Rodrigo José. Seleccionar y punir: punitivismo y la dinámica aporofóbica de la criminalización en el derecho brasileño. **Revista Sistema Penal Crítico**, n. 01, 2020, p. 95. Disponível em: <<http://>

Retirar o manto invisível de um fenômeno social denominando-o, possibilita o reconhecimento da sua existência, sua análise e seu diagnóstico com maior precisão. Em contrapartida, se permanecer envolto nas brumas do anonimato, poderá agir com força ideológica. E, quando silenciosa, a efetividade dessa ideologia torna-se ainda maior, vez que não é possível sequer ser denunciada. Segundo Cortina, a ausência de uma terminologia apropriada para descrever diversas coisas ou situações pode levar à sua não existência ou falta de integração no mundo humano¹². Isso se deve ao fato de que as palavras desempenham um papel fundamental no reconhecimento e compreensão de aspectos imateriais, como o amor, a compaixão, o ódio e o medo¹³.

Por outro lado, a introdução do neologismo aporofobia transcende a mera criação vocabular, pois implica na construção de um conceito inovador, proporcionando uma expansão da perspectiva de abordagem dos estudos sobre os mecanismos de exclusão social, permitindo a incorporação de uma nova visão e realidade social específica. Como resultado, essa abordagem se tornará uma parte essencial não apenas do discurso cotidiano, mas também do âmbito jurídico¹⁴.

É importante ressaltar que a aporofobia não se limita à pobreza econômica, mas abrange aqueles que estão desamparados e sem apoio em situações adversas, sujeitos a críticas, ameaças, desprezo ou provocação devido à sua falta de poder¹⁵. Em outras palavras, a aporofobia refere-se aos excluídos, englobando todos aqueles que são marginalizados e invisibilizados pela sociedade. De acordo com Aréchiga, as pessoas excluídas são aquelas que não conseguiram se integrar em um sistema que prega a igualdade, mas que na prática apenas as reconhece formalmente como seres humanos, sem respeitar sua dignidade¹⁶. Portanto, não se trata apenas de pobreza econômica, mas também da impossibilidade de realizar seus planos de vida e manter uma existência digna¹⁷.

Diversas perspectivas têm sido exploradas pelos estudiosos para compreender a origem da aporofobia, não havendo uma causa única que seja hegemônica

www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2022_Periodicos/Rev-Sist-Penal-Critico_n.01.pdf. Acesso em: 13 maio 2023.

- 12 CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 29.
- 13 RESENDE, Augusto César Leite de; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como antídoto contra a aporofobia. **Sequência (Florianópolis)**, v. 42, 2022, p. 05.
- 14 GUERRERO, María Alberto. La aporofobia como agravante penal: Especial referencia a las personas sin hogar. **Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS**, n. 11, p. 8, 2022, p. 03. Disponível em: <<https://www.ej-c-reeps.com/COMUNICACION%20RED%20AUIP%20MARIA%20ALBERTO%20GUERRERO.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2023.
- 15 CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 84.
- 16 ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri. El Derecho penal frente a la aporofobia. **Revista Criminalia Nueva Época**, v. 87, n. Conmemorativo, 2020, p. 311.
- 17 PALLARÉS-DOMÍNGUEZ, Daniel. Adela Cortina, Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia, Barcelona, Paidós, 2017, 196 pp. **Revista latinoamericana de filosofía**, v. 45, n. 1, 2019, p. 01-02.

no debate acadêmico. A partir de diferentes áreas de conhecimento, são buscadas justificativas nos variados aspectos que constituem a sociedade e, principalmente, o ser humano. Marcelo Andrade, por exemplo, destaca que o sentimento de rejeição aos pobres está intrinsecamente ligado à responsabilidade que a sociedade comum sente ao deparar-se com a vulnerabilidade de um indivíduo desamparado. Essa percepção de responsabilização leva à culminação em sentimentos de rejeição e exclusão¹⁸. Por outro lado, Emilio Martínez Navarro argumenta que a aporofobia se dissemina através de discursos alarmistas e sensacionalistas, que associam pessoas marginalizadas a práticas criminosas e supostas ameaças à estabilidade do sistema socioeconômico¹⁹.

Conforme exposto previamente, a aporofobia é um fenômeno social complexo que requer análises e abordagens multidisciplinares para ser compreendida em sua totalidade. Após as considerações fundamentais acerca desse conceito, o próximo capítulo deste estudo se dedica à análise da aporofobia no contexto específico do sistema penal brasileiro e sua expressão nas decisões judiciais.

2.2. SISTEMA PENAL COMO FERRAMENTA APOROFÓBICA DE CONTROLE SOCIAL

Ao se estudar o direito e processo penal, mormente quando se intenta utilizar o sistema penal como ferramenta contrária ao ódio e discriminação social, é necessário recordar que o referido sistema está inserido em um outro maior e que controla as suas finalidades: o sistema econômico capitalista. Sob essa ótica, é possível considerar que o Estado, por meio de seus atores (sejam eles jurídicos ou políticos) utiliza-se do sistema penal para o encontro de um determinado fim, para além daqueles usualmente declarados – prevenção e retribuição. Dito isto, conjugando-se o direito à realidade, se entende que o direito e processo penal, assim como as outras ferramentas da modernidade, se prestam ao controle social e a manutenção de um *status quo* dominante²⁰. “Assim, assiste-se um judiciário que prende pessoas porque acata uma ordem capitalista direcionada ao controle e dominação de determinada parcela da população”²¹.

Essa oculta finalidade de controle social se extrai de um aspecto muito relevante e que demonstra a face mais cruel do sistema: a seletividade. Por meio dela, o sistema exerce a capacidade de fazer incidir a pena apenas sobre aqueles que

18 ANDRADE, Marcelo. *¿Qué es la “aporofobia”? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres*. *Boletín del Proyecto Interinstitucional DDHH Juntos*, n. 39, 2008, p. 08. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/susanasacavino/sacavino_dh_novas_dimensoes_desafios.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023.

19 NAVARRO, Emilio Martínez; Aporofobia. In: CONILL, Jesús. *Glosario para una sociedad intercultural*. Valencia: Bancaja, 2002, p. 01 Disponível em: <<http://www.emiliomartinez.net/pdf/Aporofobia.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2023.

20 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

21 SOARES, Emerson de Mello. *Aporofobia: consideração jurídica sobre a aversão aos pobres*. Dissertação. (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2022, p.73

são “merecedores” do castigo. Invariavelmente, nota-se que o cárcere recai sobre aqueles que se encontram em vulnerabilidade social, por apresentarem qualquer característica diversa da denominada maioria. Então, esse mecanismo que se veste de inúmeras roupagens – prevenção, retribuição ou até vingança – forma uma verdadeira clientela para a sua incidência, usualmente composta pelos pobres, desempregados ou estigmatizados por questões raciais e lgbtfóbicas.

Para que o sistema subsista, é preciso que haja a difusão da imagem de certos grupos sociais como “perigosos” e que precisam ser objeto do direito penal – precisam ser controlados²². Conforme explica Bauman em sua obra “Confiança e Medo na Cidade”:

As “classes perigosas” originais eram constituídas por gente “em excesso”, temporariamente excluída e ainda não reintegrada, que a aceleração econômica havia privado de “utilidade funcional”, e de quem a rápida pulverização das redes de vínculos retirava, ao mesmo tempo, qualquer proteção. As novas classes perigosas são, ao contrário, aquelas consideradas incapacitadas para a reintegração e classificadas como não assimiláveis, porque não saberiam se tornar úteis nem depois de uma “reabilitação”.²³

Assim é que há uma política criminal verdadeiramente “aporofóbica para excluídos e marginais e outra plenamente compatibilizada e conciliada que tende à plutofilia, a autodefesa do mundo dos negócios e que possui suas próprias regras”²⁴. Aqueles que são sujeitos ao tratamento penal, da forma como ele é atualmente forjado, constituem um grupo que viverá à margem social e, permanentemente, formará uma classe que é economicamente vulnerável e precisa ser sujeitar às péssimas condições de vida e trabalho para garantir a sobrevivência. Nesse sentido, a elucidação de Juan Carlos Ferré Olivé:

O século XXI não está desapontando muito os defensores das abordagens aporofóbicas. Ainda existe o imigrante sem documentos, mão de obra barata e vulnerável devido a sua pobreza e condição. E também muitos outros pobres e marginalizados, destinatários diretos de múltiplas penalidades. O funcionalismo radical, defensor de um direito penal do inimigo, inclui nesta categoria os sujeitos excluídos, como os jovens desempregados que, de acordo com Günther Jakobs, “por falta de dever, não são pessoas”. Mas também incorpora outras “não-pessoas”, já que “aquele que não é necessário é excluído da obra comum”. Assim, os marginalizados e necessitados são qualificados como sujeitos potencialmente perigosos, e penas são aplicadas a eles independentemente do grau de lesão aos bens jurídicos (delitos insignificantes), com o único fundamento de confirmar a vigência da norma. Pretende-se combater a pobreza por meio da criminalização. (tradução nossa)²⁵

22 ZYGMUNT, Bauman. **Confiança e Medo na Cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2021, p. 22.

23 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal. **Revista Penal México**, México, n 20. P 51, janeiro, 2022, p.52. “Cada día se hace más palpable la existencia de una política criminal aporofóbica para excluidos y marginales, y otra plenamente compatibilizada y compaginada que tiende a la plutofilia, a la autodefensa del mundo de los negocios, y que posee sus propias reglas, pues solo se ensaña con aquel que dentro del mundo empresarial se haya comportado como Mefistófeles, como un ángel caído”.

24

25 OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal. **Revista Penal México**, México, n 20. P 51, janeiro, 2022, p.54. “El siglo xxi no está desilusionando demasiado a los defensores de los planteamientos aporofóbicos. Sigue existiendo el inmigrante sin papeles, mano de obra barata y vulnerable por su pobreza y condición. Y también muchos otros pobres y marginales, destinatarios directos de múltiples penas. El funcionalismo radical, defensor de

A criação de uma “classe de perigosos” se compactua com a visão neoliberalista que vem sendo propagada no Brasil, com destaque aos últimos dez anos. Todo o sistema coaduna com a marginalização dos pobres, afinal, “não pode haver uma caracterização melhor do neoliberalismo do que sua enorme capacidade de excluir, de segregar, devido à desigualdade social que lhe é inerente”²⁶. Defensores do sistema afirmam que ele pode ser utilizado como ferramenta a prevenir essa segregação social. Nada obstante, como se demonstrará, a pobreza ainda tem sido utilizada como forma de extirpar do convívio social aqueles que não são economicamente interessantes à sociedade e que, por isso, são cunhados como “perigosos”.

2.3. APOROFOBIA E DECISÃO JUDICIAL: A CRIMINALIZAÇÃO DA PESSOA EM SITUAÇÃO DE RUA

Ainda que a pobreza em si não seja mais objeto de um tipo penal, visto que o delito de mendicância²⁷ foi revogado pela lei 11.983/09, não possuir recursos financeiros a ponto de não poder ter sua própria propriedade para residir – exemplo das pessoas em situação de rua – continua sendo indiretamente criminalizado pelas decisões brasileiras. Ainda, no que concerne à seleção dos pobres como “classe de perigosos”, verifica-se que isso se reafirma quando da leitura do artigo 14, inciso II da Lei de Contravenções Penais²⁸, cujo teor afirma: “Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal: II – o condenado por vadiagem ou mendicância.”

Ao que se demonstrará da análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a aplicação da resposta penal tem agido como ferramenta a manter a separação e controle das classes vulneráveis, justificando a manutenção de prisões preventivas de forma aporofóbica. Isso porque, diversos *habeas corpus* que intentam combater prisões preventivas desnecessárias têm suas ordens denegadas em razão da ausência de

un derecho penal del enemigo, incluye en esta categoría a los sujetos excluidos, como serían los jóvenes desempleados que, según Günther Jakobs, “a falta de deber, no son persona”. Pero también incorpora a otras “no-personas”, ya que “aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común”.¹⁶ Así, resultan calificados como sujetos potencialmente peligrosos los marginales y menesterosos, y se les aplican penas con independencia del grado de lesión a bienes jurídicos (delitos de bagatela), con el fundamento exclusivo de la necesidad de confirmar la vigencia de la norma. Se pretende combatir la pobreza con la criminalización.” (OLIVÉ, 2022, p.54).

26 ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri. El Derecho penal frente a la aporofobia. *Revista Criminología Nueva Época*, v. 87, n. Conmemorativo, 2020, p. 311. “(...) no puede caracterizar mejor al neoliberalismo que su enorme capacidad de excluir, de segregar, por virtud de la desigualdad social que le es consustancial.”

27 O decreto-lei nº3688/41, sancionado durante o período do Estado Novo, previa como contravenção penal a mendicância (art. 60), cujo teor afirmava: “artigo 60 - Mendigar, por ociosidade ou cupidiez: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses; Parágrafo único - Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento; b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; c) em companhia de alienado ou de menor de 18 (dezoito) anos.”

28 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/1941**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023

endereço fixo das pessoas que não tem condições para ter sua propriedade. Em outras palavras, aquele que é pobre e está em situação de rua é segregado por isso, o que apenas se presta a demonstrar a aporofobia do sistema penal e a questionar sua capacidade como ferramenta contrária a essa aporofobia que foi, inicialmente, consagrada pelo próprio sistema.

2.3.1. Pobreza como Fundamento à segregação cautelar: a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

As decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo têm utilizado reiterados argumentos relacionados à falta de emprego, ocupação lícita e moradia fixa para denegar ordens de *habeas corpus* referentes à pacientes primários e que cometeram delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ainda que existam casos, como restará demonstrado, que possuem várias fundamentações idôneas a sustentar a privação de liberdade, a escolha pela menção da situação de vulnerabilidade como sustentáculo da decisão é mantida. Dito isto, passar-se-á a análise de cinco casos de *habeas corpus* denegados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como amostra de suas reiteradas decisões segregadoras.

O primeiro caso a ser exposto se trata do *habeas corpus* nº 2129403-85.2023.8.26.0000, que foi impetrado com objetivo de revogar prisão preventiva de réu primário e que cometeu o delito de furto. A *res furtiva* consistia em gêneros alimentícios e de vestuário, avaliados no valor total de R\$ 669,45. A despeito das características do caso, a prisão preventiva foi mantida, mencionando-se no acórdão que o paciente não possuía endereço fixo – era pessoa em situação de rua – e que, por não ter emprego fixo, poderia se utilizar de fontes ilícitas para a subsistência, voltando a prática criminoso. Ou seja, entendeu-se que o réu ostentava perigo à sociedade pois ele era pobre, não tinha emprego ou residência e qualquer ato que tentasse manter a sua sobrevivência seria, certamente, criminoso. Assim, ainda que não mais criminalizada, a suposta “vadiagem” e “mendicância” foi utilizada como fundamento para a prisão do indivíduo. Nesse sentido, trecho do referido acórdão:

Considerou ainda, não haver comprovação de endereço fixo que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei; nem de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas porventura sejam fonte ao menos alternativa de renda, pelo que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

(...) O réu declarou ser desocupado, não indicando o exercício de atividade lícita. Não exercendo, o réu, atividade lícita, tudo indica que solto tornará a delinquir, fato que também torna necessária sua custódia para garantia da ordem pública. (grifo nosso)²⁹

29 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. Habeas Corpus Criminal 2129403-85.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 06/06/2023; Data de Registro: 06/06/2023. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16826059&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

Também em sede de *habeas corpus*, no segundo caso e se tratando de crime de furto, mas na modalidade tentada, a fundamentação para a manutenção da prisão preventiva se baseou no suposto fato de que o crime não pode ser separado das características do seu autor. A decisão menciona, expressamente, e que o réu causaria verdadeiro “desassossego social”. Decidiu-se que a ausência de “vínculos com o distrito de culpa” (eufemismo para o usual “morador de rua”), autorizaria a segregação:

Portanto, muito embora o delito imputado ao paciente não tenha sido cometido com emprego de violência ou grave ameaça, ele se enquadra dentre aqueles que geram intranquilidade e desassossego social. Não há como separar a prática delituosa de seu autor, que apresenta personalidade antissocial e revela ausência de absorção das regras sociais e reeducação, requisitos inerentes ao pretendido benefício. Assim, suas condições pessoais, aliadas à ausência de demonstração de vínculos com o distrito da culpa, são fatos que autorizam o decreto construtivo, necessários para a garantia de desenvolvimento regular e eficaz da instrução criminal que, com a constringimento cautelar, está assegurada, evitando-se atrasos injustificáveis e possível represália contra vítimas e testemunhas. (grifo nosso)³⁰

Nota-se que o termo “morador de rua” ou “pessoa em situação de rua” vem sendo bastante maquiado – não aparecia na ementa da maioria dos casos. O termo usualmente utilizado é a “ausência de vínculos com o distrito de culpa”. Nada obstante, o terceiro caso menciona, expressamente em sua ementa, o fato do réu ser pessoa em situação de rua como fundamento para a manutenção da segregação cautelar. Esclarece-se que o paciente era primário e estava sendo investigado pelo crime de tráfico de drogas. Diferentemente dos demais, há expressa menção ao termo “morador de rua” na ementa e em trechos do acórdão:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Pretendida a revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Prisão que é necessária para garantir a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. (...). Paciente José que declarou ser morador de rua, o que certamente dificultaria e muito sua localização, ainda mais na comarca da capital, como é o caso dos autos. Constrangimento ilegal não verificado. Ordem denegada.

(...) também é primário (ver fls. 46/47), contudo, admitiu em solo policial que é morador de rua. (...) (José) que declarou ser morador de rua, isto é, não possui vinculação com o distrito da culpa, de modo que a realidade suplanta qualquer tese jurídica em sentido contrário já que, uma vez solto, qualquer tentativa de sua localização será extremamente difícil, ainda mais na Comarca da Capital, como é o caso dos autos. Não se trata de recriminar a vulnerabilidade social e econômica, mas sim apenas garantir o regular desenvolvimento processual, que é dever, aliás, do Magistrado. (grifo nosso)³¹

Do terceiro caso, para além da expressa menção à situação de rua do paciente como fundamento para denegar a ordem de *habeas corpus*, também se verificam outros dois pontos relevantes à presente pesquisa: 1) no primeiro trecho,

30 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. Habeas Corpus Criminal 2101803-89.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 31/05/2023; Data de Registro: 31/05/2023. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16805188&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

31 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual; Habeas Corpus Criminal 2105767-90.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 19/05/2023; Data de Registro: 19/05/2023 Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=16762642&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

logo após se afirmar que o paciente era primário, a palavra “contudo” é utilizada para anular essa primariedade em razão da situação de rua do paciente (“contudo, admitiu em solo policial que é morador de rua”). Nota-se mais que foi utilizado o verbo “admitir” que, em sua conotação expressa algo que está sendo escondido, como se fosse um delito; 2) no segundo trecho, verifica-se uma preocupação do com a decisão e a possível interpretação de sua tomada como forma de recriminação da vulnerabilidade social e econômica.

No quarto caso a ser apresentado, verifica-se que, apesar de haver outros argumentos passíveis de reafirmar a necessidade de uma prisão preventiva, como a existência de inúmeros antecedentes e a própria reincidência que indica que o paciente cometeu mais crimes da mesma natureza, a afirmação de se tratar de pessoa em situação de rua parece imprescindível ao decreto prisional. Tal fato é exposto no seguinte trecho do acórdão:

a presença de indícios de autoria e prova da materialidade do delito e a necessidade da custódia cautelar dos pacientes, pois (...) é reincidente e portador de inúmeros antecedentes e ainda declarou ser morador de rua, drogadito e estar desempregado. (grifo nosso)³²

A expressão “ainda declarou ser morador de rua” soa como verdadeira soma de valoração negativa, quase que como uma circunstância judicial oculta a ser sopesada pelo magistrado ou, até mesmo, um novo requisito para a prisão preventiva a ser preenchido pelo réu economicamente vulnerável. No quinto e último caso a ser apresentado, também se verifica a denegação de ordem de *habeas corpus* que fora impetrado para a revogação de prisão preventiva. Tratava-se de crime de furto qualificado em que o paciente era reincidente específico. Nada obstante, e novamente, se fez necessária a menção a sua “condição de morador de rua” como algo a ser somado negativamente aos demais requisitos:

Soma-se a isso o fato do paciente não ter ocupação lícita e nem residência fixa, já que se declarou morador de rua. Ainda que as circunstâncias fossem outras, vale lembrar que, conforme já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, “a existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela” (RHC 43239/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 21/08/2014) (grifo nosso)³³

Os casos acima trazidos são apenas cinco dentre diversos exemplos³⁴ em que se parece haver verdadeira atividade legislativa por parte do Tribunal de Jus-

32 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. Habeas Corpus Criminal 2106896-33.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 05/06/2023; Data de Registro: 05/06/2023. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=16821337&cdForo=0>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

33 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. Habeas Corpus Criminal 2088766-92.2023.8.26.0000; Data do Julgamento: 01/06/2023; Data de Registro: 01/06/2023. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=16813012&cdForo=0>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

34 Do mesmo modo, os seguintes *habeas corpus* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também mencionam a situação de rua do paciente como um elemento a mais a autorizar a preventiva: 0209320-13.2011.8.26.0000; 2090841-

tiça do Estado de São Paulo. Isso porque, como visto, o fato do réu ser pessoa em situação de rua é utilizado como fundamento a autorizar a segregação cautelar, perfazendo um requisito adicional aos usuais artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. A justificativa que remanesce é a de que, inexistindo endereço certo para a localização do réu, seria impossível encontrá-lo para a devida citação ou eventual necessidade de prisão. A possibilidade de cautelares difusas serem aplicadas é, automaticamente, tida como insuficiente. Contudo, há casos em que se aplica o comparecimento mensal como uma forma alternativa à prisão, defendendo-se também a possibilidade de citação por edital.

Mas, o que se destaca entre os demais aspectos das decisões, é como existem outros argumentos a sustentarem a manutenção preventiva, mas que, invariavelmente, a condição de vulnerabilidade econômica precisa ser citada. Ao que parece, ser pessoa em situação de rua é algo que desabona o indivíduo e que faz dele um dos mercedores do castigo. Tal aspecto coaduna com a visão de que o sistema penal é uma ferramenta de outro sistema maior e que ele age de modo a manter a classe de excluídos e perigosos – ainda que a lei positivada não o faça.

2.3.2. Da chancela ao rechaço à exclusão: o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se constata as mesmas afirmações presentes nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Igualmente, a despeito da existência de decisões que indiquem que o simples fato de se tratar de pessoa em situação de rua não possui o condão para fundamentar a manutenção de uma prisão preventiva, há decisões que se apoiam, com destaque, nessa característica social e econômica do indivíduo. O posicionamento daquele que é conhecido como “Tribunal da Cidadania” chancela as decisões dos tribunais estaduais que, em uma narrativa demarcada pela exclusão dos vulneráveis, enxerga de modo diverso aqueles que não possuem sua própria moradia – ou seja, não possuem sequer o mínimo da privacidade a sustentar sua dignidade humana.

Nesse sentido, e a título demonstrativo, se traz para análise o caso do AgRg no HC n. 689.621/SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Como se desprende da própria ementa, se trata de agravo regimental em *habeas corpus* em que o paciente era pessoa em situação de rua que teria praticado os crimes de fur-

07.2023.8.26.0000; 2210123-10.2021.8.26.0000; 2090344-90.2023.8.26.0000; 2105767-90.2023.8.26.0000; 2105829-33.2023.8.26.0000; 2096975-50.2023.8.26.0000; 2069641-41.2023.8.26.0000; 2063685-44.2023.8.26.0000; 2071477-49.2023.8.26.0000; 2029490-33.2023.8.26.0000; 2050937-77.2023.8.26.0000; 2034354-17.2023.8.26.0000; 2031924-92.2023.8.26.0000; 2018927-77.2023.8.26.0000; 2010306-91.2023.8.26.0000; 2000464-87.2023.8.26.0000; 2012801-11.2023.8.26.0000; 2307597-44.2022.8.26.0000; 2011844-10.2023.8.26.0000; 2009766-43.2023.8.26.0000; 2001109-15.2023.8.26.0000; 2290299-39.2022.8.26.0000; 2295146-84.2022.8.26.0000; 2296153-14.2022.8.26.0000; 0122348-69.2013.8.26.0000; 2261515-52.2022.8.26.0000;

to qualificado e falsa identidade. O posicionamento do Tribunal Superior quanto a esse recurso específico condensa aquilo já analisado nos diversos *habeas corpus* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Verifica-se que há menção ao termo “morador de rua” já na ementa e que ela é observada como uma espécie de agravante ao caso pela suposta “ausência de vínculos com o distrito de culpa”. Apesar de se tratar de indivíduo reincidente específico, a menção ao fato de ser de pessoa em situação de rua e “estrangeiro” também ocorre de forma diretamente ligada à fundamentação da preventiva. Nesse sentido, a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. FALSA IDENTIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DO AGRAVANTE JUSTIFICADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRISÃO PREVENTIVA. AGRAVANTE SEM VÍNCULOS COM O DISTRITO DA CULPA. MORADOR DE RUA. ESTRANGEIRO. ATRIBUIÇÃO DE IDENTIDADE FALSA. RISCO REAL À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)5. No caso, foi devidamente demonstrada a necessidade da segregação como forma de assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista a ausência de quaisquer vínculos do agravante que possibilitem sua localização - uma vez tratar-se de estrangeiro e morador de rua -, além de que se atribuiu identidade falsa, havendo real dificuldade de sua identificação.³⁵ (grifo nosso)

A relevância da análise desse caso também se extrai da junção de dois aspectos observados por Adela Cortina quando do desenvolvimento do conceito de aporofobia. Une-se a concepção de estrangeiro ao rechaço à pobreza, extraindo-se verdadeiro encontro entre xenofobia e aporofobia. Adela Cortina expõe que passou a perceber o fenômeno social da aporofobia quando se atentou ao tratamento cruel ofertado aos estrangeiros pobres e a recepção hospitaleira que os espanhóis ofereciam aos estrangeiros ricos. Desse aspecto, Adela confirmou que para além da própria xenofobia, existia a aporofobia e ela também era uma forma de exclusão social³⁶.

Em outra oportunidade, quando do julgamento do RHC n. 55.348/PR pelo Superior Tribunal de Justiça, também foi possível verificar o destaque ao fato do réu ser pessoa em situação de rua como argumento a sustentar a segregação cautelar. No caso, o réu teria cometido o crime de furto qualificado, na modalidade tentada. A despeito da existência de três registros criminais que poderiam ser utilizados como fundamento, a menção ao fato de se tratar de “morador de

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 689.621/SC**, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102733190&dt_publicacao=20/09/2021>. Acesso em: 14 jun. 2023.

36 CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 22: É impossível não comparar o acolhimento entusiasmado e hospitaleiro com que se recebem os estrangeiros que vêm como turistas com a rejeição sem misericórdia para com a onda de estrangeiros pobres (...) incomoda, isso sim, que sejam pobres, que venham a complicar a vida dos que, bem ou mal, vão se defendendo, que não tragam, aparentemente, recursos, mas sim problemas.”

rua” foi realizada com verdadeiro destaque. Isso porque, conforme trecho abaixo, utilizou-se o termo “notadamente” para se referir à situação de rua do indivíduo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU, MORADOR DE RUA, QUE POSSUI 3 REGISTROS CRIMINAIS PELA PRÁTICA DO MESMO TIPO DE DELÍTO. RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

(...) 2. No caso, as instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema, destacando dados da vida pregressa do recorrente, notadamente por ser morador de rua e possuir três registros criminais pela prática do mesmo tipo de delito, sendo a prisão preventiva indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública. (grifo nosso)³⁷

Em contraponto, e da mesma forma que exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça que caminham em direção contrária à aporofobia. Esse tipo de entendimento, pautado no reconhecimento da dignidade humana de todo e qualquer indivíduo, é uma ferramenta poderosa no combate à utilização do sistema penal como forma de controle social. No caso do HC n. 524.239/RR, julgado em 2019, constata-se verdadeiro esforço para disseminar, por meio da narrativa do próprio acórdão, que o posicionamento do denominado Tribunal da Cidadania não coaduna com a utilização de fundamentações aporofóbicas. Agindo por meio da linguagem, o posicionamento cidadão da Corte Superior comunica aos demais membros do judiciário, mormente aos tribunais estaduais, que “ser pobre” não deve ser algo valorado pelo juiz quando da análise da manutenção de uma preventiva. Nesse sentido, a ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. FURTO SIMPLES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA. HIPOTÉTICO RISCO DE FUGA POR SE TRATAR DE RÉU ESTRANGEIRO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. A despeito de a prisão processual ter sido decretada com base em dados extraídos do processo, os fundamentos consignados não justificam a medida extrema. 2. O furto da bolsa da vítima, que continha documentos pessoais e um frasco de perfume, não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis do Réu. Outrossim, a fato de o Acusado ser estrangeiro, morador de rua, não possuir identificação ou vínculos com o distrito da culpa, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, isoladamente, não é fundamento idôneo para justificar a custódia cautelar. Precedentes. 3. Assim, no caso, não foi justificada concreta e adequadamente em que medida a liberdade do Réu poderia comprometer a ordem pública ou econômica, ou, ainda, a aplicação da lei penal, bem como a insuficiência das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 4. Ordem de habeas corpus concedida para, confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessi-

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 55.348/PR**, julgado em 20/8/2015, DJe de 28/8/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiro?TeorDoAcordao?num_registro=201500019623&dt_publicacao=28/08/2015>. Acesso em: 14 jun. 2023.

dade cautelar, ou de imposição de outras medidas alternativas, nos termos do art. 319 do CPP. (grifo nosso)³⁸

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o posicionamento vem sendo misto. De um lado, há a chancela da utilização da ausência de moradia fixa – da pobreza em seu mais alto grau – como sustentáculo de uma separação do cidadão do convívio social. Extrai-se que não basta a conduta praticada, para ser privado da liberdade, é preciso ser pobre, na mais ampla concepção. Mas, também se depreende que “basta ser pobre” para que haja a segregação do indivíduo e sua retirada da convivência social. Em outras palavras, basta ser economicamente desinteressante ou, ainda, nada ter a oferecer em uma sociedade pautada pelo valor da moeda e da troca.

Por outro lado, se extrai que há tentativas³⁹ em se reafirmar o teor da cidadania exposto na função do Tribunal Superior. Decisões apontam e tentam letrar o judiciário para que, por meio dos ensinamentos, compreenda que a posição é: ser pessoa em situação de rua não é fundamento idôneo para a decretação e manutenção de uma prisão preventiva. Contudo, a existência de manifestações contrárias à aporofobia apenas reafirmam que elas existem e são volumosas nos tribunais estaduais. Ainda que de forma automática, e sob a roupagem da necessidade da aplicação da lei penal, qualquer suspeita de cometimento de ato criminoso por parte daqueles que estão economicamente vulneráveis é o suficiente para a sua retirada do convívio social e sua “neutralização” – conforme os partidários da prevenção especial negativa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar o conceito de aporofobia, desenvolvido por Adela Cortina, e como ele pode ser utilizado para um estudo atual do sistema penal brasileiro e seus objetivos reais, ainda que não declarados. Assim, pesquisou-se como o sistema penal, inserido em um sistema econômico de ordem capitalista, é utilizado para o alcance de finalidades que busquem o controle social e a segregação de cidadãos que são economicamente desinteressantes para o meio social.

De modo que haja a sustentação do sistema e sua necessidade, amplamente regida pela sensação subjetiva de segurança, são criadas as denominadas “classes

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 524.239/RR, julgado em 19/9/2019, DJe de 1/10/2019. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902231670&dt_publicacao=01/10/2019>. Acesso em: 14 jun. 2023.

39 Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC n. 585.640/SP, julgado em 8/9/2020, DJe de 15/9/2020; AgRg no HC n. 740.273/SC, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022; RHC n. 115.903/MS, julgado em 3/9/2019, DJe de 17/9/2019; HC n. 492.834/GO, julgado em 7/5/2019, DJe de 20/5/2019; HC n. 419.161/SP, julgado em 1/3/2018, DJe de 12/3/2018.

de perigosos” que, invariavelmente, tornam-se a conhecida “clientela” do direito penal. Essa classe de sujeitos, desamparados pelo Estado e por uma sociedade que categoriza o valor dos indivíduos com base na troca e na moeda, são retirados do convívio social e delegados ao ostracismo. Por meio do mecanismo de exclusão, reforçam-se as posições dominantes daqueles que são desejáveis socialmente e que serão tratados pelo sistema penal como amigos de longa data. Por outro lado, os vulneráveis – pobres em sua mais ampla concepção – mantêm em si a posição de uma classe trabalhadora que, ao retornar do cárcere terá de subjugar-se a rígidas regras de comportamento e às péssimas condições de trabalho oferecidas por um Estado que, frequentemente, flerta com o fascismo e o neoliberalismo.

Toda a elaboração científica realizada por meio do argumento exposto se concretiza quando são analisadas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça. Em ambos os tribunais, há um lugar comum: a falta de lugar. Em outras palavras, aquele que se encontra na mais ex-poente situação de vulnerabilidade econômica – pobreza das pessoas em situação de rua – tem sua condição econômica como um sinônimo de periculosidade e criminalidade. A despeito da letra da lei não mais criminalizar a mendicância, as decisões dos tribunais continuam a utilizar a situação de rua como fundamento para uma segregação cautelar. Ao que parece, ser pobre é entendido como um crime e estar em situação de rua (citado como “morador de rua”) é sinônimo de criminoso.

Dito isto, constata-se que o direito penal, por meio de seus atores jurídicos que utilizam as decisões como ferramenta, tem se prestado ao controle social de forma eficaz. Da negativa de ordem de *habeas corpus* se tem a determinação daqueles que, por não possuírem “lugar”, são relegados ao não-ser, ao não lugar do cárcere, ao inumano. Da análise das decisões, muito se constata que “basta ser pobre” para que haja a prisão preventiva, ainda que se trate de crime tentado, sem violência ou grave ameaça a pessoa. Para além disso, é notável como aqueles que compõem o judiciário estão alheios às questões sociais e, de forma automática, se tornam ferramentas de um mecanismo de controle maior. A dificuldade de enxergar o pobre como humano e que tem possibilidades reais de perseguir seus objetivos de vida, caso o Estado cumpra com seu papel, é determinante na manutenção dessa situação.

Por tais razões é que se entende que é necessário dar nome ao rechaço a pobreza, incluí-lo no vocabulário brasileiro e difundir que essa forma de preconceito existe e é praticada diariamente no Brasil. A invisibilidade da violência social contra o pobre faz dela muito mais difícil de ser identificada, seja por quem a sofre, seja por aqueles que a cometem como um autômato no sistema. Entender que a aporofobia é fruto de um sistema e da difusão de um olhar excludente lança a luz a novas formas de se compreender as ocultas funções da prisão e do

sistema penal que, como visto, realiza um controle social pautado na exclusão dos vulneráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Marcelo. ¿Qué es la “apofobia”? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. **Boletín del Proyecto Interinstitucional DDHH Juntos**, n. 39, 2008.
- ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri. El Derecho penal frente a la apofobia. **Revista Criminalia Nueva Época**, v. 87, n. Conmemorativo, 2020, p. 311.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. FUZIGER, Rodrigo José. Seleccionar y punir: punitivismo y la dinámica aporofóbica de la criminalización em el derecho brasileño. **Revista Sistema Penal Crítico**, n. 01, 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 689.621/SC**, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021 Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102733190&dt_publicacao=20/09/2021>. Acesso em: 14 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHCn.55.348/PR**, julgado em 20/8/2015, DJe de 28/8/2015. Disponível em:< https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500019623&dt_publicacao=28/08/2015>. Acesso em: 14 jun. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HCn.524.239/RR**, julgado em 19/9/2019, DJe de 1/10/2019. Disponível em:< https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902231670&dt_publicacao=01/10/2019>. Acesso em: 14 jun. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Sistema prisional em números**. Disponível em:< <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 10 maio 2023.
- CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- DEL. **Diccionario de la lengua española** – Real Academia Española. Disponível em:<<https://dle.rae.es/aporofobia?m=form>>. Acesso em: 13 maio 2023.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Gente Pobre**. Tradução de Fátima Bianchi. São Paulo: Editora 34, 2020.
- FIGUEIREDO, Maria Patricia Vanzolini. **Nêmesis**: o papel na vingança no Direito Penal. 2014. 220 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- GUERRERO, María Alberto. *La aporofobia como agravante penal: Especial referencia a las personas sin hogar*. **Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS**, n. 11, 2022.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência**. Disponível em:< <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia>>. Acesso em: 10 maio 2023.
- MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- MASCARO, Alysson L. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- NAVARRO, Emilio Martínez; Aporofobia. In: CONILL, Jesús. **Glosario para una sociedad intercultural**. Valencia: Bancaja, 2002.
- NERI, Marcelo. **Novo Mapa da Pobreza**. FGV Social - Centro de Políticas Sociais: Rio de Janeiro, 2022. Disponível em:< <https://cps.fgv.br/MapaNovaPobreza>>. Acesso em 10 jun. 2023.
- OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en derecho penal*. **Revista Penal México**, México, n 20. P 51, janeiro, 2022

PALLARÉS-DOMÍNGUEZ, Daniel. Adela Cortina, Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia, Barcelona, Paidós, 2017, 196 pp. **Revista latinoamericana de filosofía**, v. 45, n. 1, 2019.

PEDROSO, Suellen Elissa Zapparoli, FAIÇAL, Larissa Pizzotti; SODRÉ, Marcelo Gomes. Pandemia de Covid-19: aprofundamento de riscos sobre a população vulnerável e a segregação da miséria nas prisões. **Revista Santa Rita**, ano 15, n. 32, 2020.

RESENDE, Augusto César Leite de; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como antídoto contra a aporofobia. **Seqüência (Florianópolis)**, v. 42, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. **Habeas Corpus Criminal 2129403-85.2023.8.26.0000**; Data do Julgamento: 06/06/2023; Data de Registro: 06/06/2023. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16826059&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. **Habeas Corpus Criminal 2101803-89.2023.8.26.0000**; Data do Julgamento: 31/05/2023; Data de Registro: 31/05/2023. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16805188&cdForo=0>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. **Habeas Corpus Criminal 2105767-90.2023.8.26.0000**; Data do Julgamento: 19/05/2023; Data de Registro: 19/05/2023. Disponível em:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16762642&cdForo=0>>. Acesso em 08 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. **Habeas Corpus Criminal 2106896-33.2023.8.26.0000**; Data do Julgamento: 05/06/2023; Data de Registro: 05/06/2023. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16821337&cdForo=0>>. Acesso em 10 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. **Habeas Corpus Criminal 2088766-92.2023.8.26.0000**; Data do Julgamento: 01/06/2023; Data de Registro: 01/06/2023. Disponível em:< <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16813012&cdForo=0>>. Acesso em 10 jun. 2023.

SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL - SMADS. Prefeitura de São Paulo. **Censo da População de Rua**. São Paulo, 2022. Disponível em:< <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWE4MTE5MGIrZjRmMi00ZTcyLTgxOTMtMjc3MDAwMDM0NGI15IiwidCI6ImE0ZTA2MDVjLWUzOTUtNDZiYS1iMmE4LThlNjE1NGM5MGUwNyJ9>>. Acesso em 10 jun. 2023.

SOARES, Emerson de Mello. **Aporofobia**: consideração jurídica sobre a aversão aos pobres. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Faculdade de Direito – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

O DELITO COMO IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NA TEORIA PENAL DE KARL BINDING

LEONARDO MARCEL DE OLIVEIRA¹

1. INTRODUÇÃO

A teoria penal de Binding, especialmente representada pela teoria das normas, é objeto de análise neste artigo. A pesquisa visa investigar o motivo pelo qual a referida teoria pode ser considerada uma teoria da imputação subjetiva. Partindo da compreensão da imputação como um mecanismo linguístico de atribuição de significados, busca-se demonstrar como a teoria das normas em Binding se baseia essencialmente em uma imputação. A hipótese sustentada é que a norma penal é a violação do imperativo de comportamento que expressa a vontade do direito, e essa violação implica uma imputação subjetiva. A antijuridicidade surge como a contradição entre o fato e a vontade do direito expressa na norma, representando um valor e um comportamento esperado para evitar a violação desse valor.

A compreensão e valoração do conteúdo normativo tornam-se essenciais para configurar a vontade de violar ou não o comando normativo. Nesse sentido, o livre-arbítrio é um pressuposto fundamental para a violação da norma penal, e aqueles que não podem compreender seu conteúdo valorativo ou não podem determinar sua vontade de acordo com o exigido pela norma não podem violá-la. A ausência de culpabilidade impede o autor de realizar o antijurídico. A teoria de Binding, diante da falta de um sistema mais desenvolvido em relação ao método penal, constrói um conceito de delito baseado em uma imputação subjetiva, fundamentado no conceito pré-jurídico de livre-arbítrio.

2. IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

A proeminência incontestável que apresentam as questões sobre a Imputação no direito penal hodierno² é um resultado de um processo de afirmação de uma metodologia cuja marcha inicial foi colocada a efeito a partir da afirma-

1 Mestre e Doutorando em Direito Público, com ênfase em Direito Penal, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado Criminal.

2 Sobre o destaque do tema, transcrevem-se as palavras de Alexis Couto de Brito, expressadas sobre a Imputação no âmbito objetivo no tipo: "A teoria da imputação já se consolidou entre os cientistas do direito penal. Não mais somente as monografias, mas também os manuais a trazem como o recurso dogmático mais indicado para a análise do aspecto objetivo do tipo penal. Determinado que o elemento objetivo do tipo é a criação de um risco juridicamente desaprovado a um bem

ção do neokantismo, vez que esta referida corrente de pensamento, ao se opor ao positivismo naturalismo do século XIX, que era representado nesse período, sobretudo, por Franz von Liszt, correspondeu efetivamente a uma reorientação valorativa do método penal, porquanto operou efeitos concretos que significaram, a partir de uma nova dinâmica dos seus pressupostos, a abertura de sentido e alcance dos elementos conceituais que integram a teoria do delito que não eram possíveis nos moldes anteriores, onde a mudança de rumo que se deu pelo Neokantismo permitiu uma nova projeção metodológica que autorizou ampliar os horizontes do direito penal para questões assaz importantes de seu saber, as quais, no tempo imediatamente anterior, em que se orientava de acordo postulados do positivismo, encontravam um óbice face a hegemonia da causalidade como sua base de fundamento.

Pode-se dar como um exemplo da grande repercussão da Imputação no Direito de Penal hodierno³ a partir da menção da obra de um destacado autor, Claus Roxin, que é sem dúvida um dos penalistas contemporâneos com maior impacto no cenário científico mundial. Roxin publicou em 1970 o seu famoso texto intitulado “Política criminal e ciência do Direito Penal”, cujo conteúdo enunciou de forma mais definida a feição e a substância de sua proposta de sistema⁴, o qual, metodologicamente orientado ao funcionalismo ‘teleológico-racional’, foi muito claramente conduzido por uma pedra de toque fundamental: a Imputação. Isto se dá porque todas as categorias centrais da teoria do delito, tais como, por exemplo, o tipo objetivo, o tipo subjetivo e a própria culpabilidade, são engendradas por Roxin de forma a viabilizar a operabilidade de um sistema teórico que, em face da excessiva preocupação com a coerência lógica e não contradição das instituições que o compõe, encontrava-se muito mais preocupado em levantar questões pertinentes à ampliação da capacidade de rendimento das instituições penais, visto que o objetivo fundamental apresentado era ressaltar o cariz problemático do método para torná-lo o mais suscetível à penetração de valorações político-criminais. Nesse sentido, a visão que se apresentava reconhecia que o método penal deve possibilitar ao julgador não um caminho estático que

jurídico protegido, busca de forma objetiva analisar quando tal risco pode ser imputado a alguém como a realização de um tipo penal.” BRITO, Alexis Couto de. Argumentação jurídica e tipicidade. Do entimema na teoria da imputação penal. p. 114-137. **Delictae**: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito. v.5, n.8, Jan.-Jun/2020. P. 130.

3 Sobre o tema, afirma Santiago Mir: “El término ‘imputación’ es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como Roxin, Jakobs y Hruschka sitúan este concepto en el centro de sus obras. (...) MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2003, núm. 05 05. P. 1

4 “En una hora escasa de exposición es imposible discutir en su extensión los problemas básicos del sistema de Derecho penal. Por ello voy a limitarme a exponer las ideas centrales de mi concepción confrontándolas con otras posturas discrepantes. Mi propuesta intenta sistematizar el Derecho penal desde puntos de vista político criminales y se basa en los principios que he sostenido en el trabajo precedente. Además, quiero mostrar cómo mi propuesta de sistematización se diferencia de los otros dos esbozos de sistemas que en Alemania y también en el mundo de habla hispana han tenido influencia e la posguerra: la teoría final de la acción de Welzel y la concepción funcionalista, teórico-sistemática, de Jakobs.” ROXIN, Claus. **Problemas básicos del Derecho Penal**. Madrid: Reus S.A. 1976. p. 37 e ss.

deve necessariamente ser seguido, mas sim os caminhos possíveis (legítimos) para que ele (o julgador), a partir do caso concreto, sempre particular e único, possa eleger conforme se revele conveniente aquele cujo resultado se mostra possivelmente como o mais próximo às finalidades do próprio Direito Penal, ainda que ao custo de certo perfeccionismo e coerência lógica do próprio sistema ordenado de conceitos. Com efeito, concretamente, é por meio da Imputação que o autor alemão enfeixa os parâmetros e critérios normativos relevantes para atribuir um significado das particularidades do caso concreto e os postulados e bases normativas do sistema, estes últimos definidos previamente conforme as finalidades do próprio Direito Penal.

Partindo de diferentes pontos de vistas em vários pontos, essa postura metodológica foi amplamente seguida, em seu aspecto material fundamental, por grande parcela da doutrina jurídica do Direito Penal alemão, movimento que se iniciou na segunda quadra do século XX, podendo-se afirmar que se encontra, nos dias atuais, com status de paradigma; nesse sentido, parafraseando Santiago, pode-se dizer que “ o moderno pensamento teleológico tem como a com aquela corrente de pensamento a dedução dos diferentes níveis sistemáticos dos valores que desempenha o papel reto.”⁵

O pensamento sistemático, que constitui o pressuposto e também a base da ciências da natureza, penetrou nas ideias penais a partir influência do positivismo naturalista, sendo que a afirmação desta postura, ao ser adotada na ciência sociais, transplanta a este setor do conhecimento a gênese daquelas ciências, que subordina objetos naturais, próprios e compatíveis com a excessiva preocupação com a descrição neutra ao valor, que se perfaz a partir da observação e depuração objetiva dos conceitos, os quais, reunidos em conjunto, são apresentados como um sistema ordenado, e a partir da coerência interna (não contradição) e redução de complexidade, oferece ao homem conhecimento científico dotado de alto grau de segurança e confiabilidade porquanto há grande estabilidade das consequências ou resultados obtidos via semelhante proceder metodológico. Não obstante, a complexidade das ciências sociais e a necessidade de se atribuir valorações e significados para compreensão de seus respectivos objetos mostrou a impertinência da pretensão do positivismo, que consistiu em apreender e afirmar a referida postura metodológica no complexo campo social para a produção de conhecimento científico. Fato este que se mostrou insuficiente de forma muito mais particular no campo do Direito, quando o Neokantismo reagiu fortemente ao até então imposto pelo positivismo, corrente até então vigente. Com o declínio do positivismo científico, a reorientação valorativa da ciência do direito não

5 Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2003, núm. 05 05. P. 4.

teve como efeito concreto, por escolha deliberada, uma ruptura que significou o abandono do pensamento sistemático. O que se verificou e até hoje é colocado em discussão são considerações em relação ao grau de sua necessidade de subordinar a atividade valorativa à perfeita coerência de uma estrutura absolutamente rigorosa, que é moldada para outro setor do conhecimento, substancialmente diverso, conforme a visão naturalista anteriormente descrita.

A rigor, essa mensuração de grau é ainda hoje presente nas discussões travadas na busca da melhor orientação quanto à questão penal, o que para os funcionalistas, na proa da construção do conhecimento científico contemporâneo, se apresenta como questão de muito maior peso a orientação que valoriza as possibilidades que um sistema penal pode oferecer ao julgador em termos de des-cortinar-se o caminho mais justo entre vários possíveis, o que será determinado ao compreender e atribuir significado aos fatos concretos e aos conceitos teóricos do delito conforme a *telos* da matéria.

Nota-se, por conseguinte, que não por acaso a Imputação se torna hoje um conceito chave, onde é o referido conceito considerado por muitos como o de maior protagonismo nas ideias penais. Isso se dá porque, já que questão metodológica é orientação compreensão, que pressupõe altas cargas de avaliações como postura do sujeito em relação ao objeto, a Imputação será mesmo o fio condutor de toda estruturação e pressuposto de operabilidade do próprio sistema desejado, porquanto é por meio da Imputação, enquanto juízo efetuado pelo homem em face de um objeto posto na busca de atribuir-lhe um significado⁶, a ponte necessária para jungir no método penal o caso concreto às finalidades normativas do direito penal, precisamente pelo fato de consistir em mecanismo que, através do uso da linguagem, possibilitará compreender os fatores do caso concreto em coerência com a afirmação dos pressupostos teleológicos do Direito Penal.

Embora a Imputação se apresente como assunto de acentuado destaque quanto às tratativas do tipo objetivo, parafraseando Santiago Mir⁷, embora a teoria da imputação objetiva se afirme hoje como a vertente teórica de maior repercussão, e que talvez a que desperte maior interesse pelos pesquisadores e

6 “el significado lingüístico de la palabra ‘imputación’ resulta más adecuado para expresar un juicio de atribución efectuado por el hombre (siquiera sea intersubjetivamente, esto es, socialmente) que para reflejar algo previamente dado. (...) Desde esta óptica, mediante las palabras imputamos sentido a las cosas. Esta imputación se efectúa en cada uno de los niveles em que se emplea el lenguaje, puesto que existen diversos usos sociales del lenguaje. El uso jurídico del lenguaje no coincide por completo con otros usos sociales no jurídicos, y aun dentro del lenguaje jurídico podemos distinguir distintos usos según la rama del Derecho de que se trate o, incluso, según la institución ante la que estemos. Así como los significados ordinarios del lenguaje son atribuidos por la sociedad en general o por determinados subsistemas sociales, el sentido de los términos jurídicos es atribuido por quienes integran el subsistema jurídico correspondiente (en Derecho penal, por los legisladores y por la doctrina jurídico-penal de los autores y de la jurisprudencia). Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2003, núm. 05 05. P5-6.

7 Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2003, núm. 05 05. P.2.

cientistas, não é correto considerar tal perspectiva como a única existente ou possível, vez que consiste em equivocada análise ou visão monocular que pode, inclusive, impedir de se utilizar da referida Imputação em fundamentais e até mais particulares contextos da teoria do delito.

A rigor, desde a compressão da Imputação que aqui se adota, considerada como verdadeiro mecanismo da linguagem, onde conceitualmente ela consistirá em um juízo de atribuição de significados, nota-se que uma Teoria Penal da Imputação tratará de sedimentar as convenções e os parâmetros necessários para, em conformidade com as finalidades e parâmetros normativos próprios do Direito Penal, revestir de sentido os signos linguísticos (palavras) de determinado conceito, comportamento, dado, contexto, instituição, etc. Assim, percebe-se que a teoria da imputação objetiva é direcionada precisamente se propõe a conjunto necessário para se atribuir a uma ação humana, cuja existência se verificou no passado, um sentido que, sem qualquer vinculação terminativa ou peremptória com a sua ontologia, tem como baliza fundamental a necessidade compreender o comportamento humano naquele contexto conforme os objetivos e as finalidades do próprio Direito Penal. Com efeito, a tarefa essencial da doutrina e dos estudiosos não se apresenta como a necessidade de se descortinar o verdadeiro conceito de ação, os elementos de sua ontologia — o que se impõe, a rigor, não só a conduta humana mas a todas as categorias do delito e seus correspondentes elementos — mas sim como se compreende tal fenômeno a partir de uma valoração face aos fins próprios do Direito Penal.

A operação de efeitos da transição metodológica que a Imputação representa atualmente pode ser esclarecida através de um exemplo. Veja-se, nesse sentido, o que é dado por Santiago Mir ao tratar dos impactos metodológicos do funcionalismo no Direito Penal. Afirma o autor, em menção a Hans Welzel, que a proposta finalista baseou-se na máxima de que o Direito Penal deve construir o seu sistema teórico, necessariamente, em rigoroso respeito das estruturas lógico-objetivos; Welzel, segundo Santiago Mir, justificou a necessidade da mencionada fundamentação ontológica no fato de haver de ser considerado que o Direito Penal, já que atua concretamente se dirigindo ao homem por meio de suas normas, é completamente inócuo, além de equivocado, estabelecer o referido direito um comando normativo, seja de natureza proibitivo ou prescrito, se o comportamento esperado se refere a algo que o ser humano não pode ser capaz de antecipar a representação mental do comportamento, ontologicamente intrínseca a ele, o impediria de decidir comportar-se conforme o direito.

Veza que seria um esforço inútil tal exigência por que não é possível influenciar o comportamento de um ser humano por meio de normas De semelhante conteúdo justamente porque a capacidade de antecipar a representação men-

tal do comportamento, ontologicamente intrínseca a ele, o impediria de decidir comportar-se conforme o direito.

De outro giro como afirma Santiago A teoria da imputação objetiva por exemplo vem tratando a questão anteriormente posto, porquanto não fundamenta esta impossibilidade do direito em qualquer critério. Lógico. Direito afirmam os funciona listas entre, tem como destinatário a pessoa humana e não adivinhões, no entanto, não é absolutamente nenhum dado pré jurídico ou ontológico que impossibilita tal ciência de determinar comandos normativos de situações as quais não dão a possibilidade de previsibilidade do alto. Nesse sentido, de modo diverso, o fundamento para O mencionado óbice é o fato de constituir uma prescrição jurídica normativa e vincular com isso o desvalho da Until de cidade a produção de um resultado que o homem prudente não pode em nenhuma circunstância prever

Nesse sentido é critério normativo, em si um desdobramento político criminal derivado das finalidades da pena e do direito penal que condicionará A qualificação do injusto penal sobre condutas que nem mesmo uma pessoa prudente e que eventualmente tem a pretensão de respeitar a vontade exigido pelo direito através da norma poderia deixar de fazer-lo: No estado social e democrático de direito o direito penal deve respeitar de forma obrigatória as valorações sociais e com isso não deve castigar condutas que socialmente são consideradas com um desse valor diante de ti idade mínimo ou inexistente. Nesse sentido, o que procederia com a regulação de semel semelhante situação pelo que vem defendendo a teoria da imputação objetiva, seria realizado uma atribuição de sentido ao caso concreto que apresentasse as variáveis anteriormente postas e Concretamente não se excluiria a imputação do injusto por conta da impossibilidade ontológica de o ser humano prever determinado resultado, se não te concretamente é necessário efetuar concretamente é uma limitação teleológico propriamente jurídico penal do conteúdo que pode ser abrangido pela norma.

Nota-se, portanto, que a imputação consiste em um instrumento que o homem se utiliza para atribuir um significado é na verdade um conceito aplicado a qualquer instituição penal, não sendo ela restrita, portanto a teoria da imputação objetiva. Por conseguinte, parafraseando Santiago, “ Em alguma medida, toda interpretação da lei supõe, pois, algum grau de imputação, como atribuição de significado. E A afirmação de cada uma das categorias do delito também encerra sua imputação. ”⁸

8 Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2003, núm. 05 05. P.2.

Nesse panorama, o núcleo comum que pode ser atribuído a terminologia imputação no âmbito das ideias penais consiste no uso e significado da palavra que sempre expressa neste âmbito quais são os requisitos necessários ou o caminho adequado para compreender um determinado objeto, e atribuir a ele um significado; teoria da imputação objetiva, por exemplo, é objeto deste juízo a conduta e também a estabelecer a relação que existe entre o comportamento com o autor do delito tudo isso com base como dito nas finalidades Direito Penal a um sujeito

Nessa conjuntura, vem ganhando cada vez mais força o desenvolvimento de uma teoria jurídica de imputação subjetiva, Que se projeta e se propõe a operar o seus efeitos no aparato dogmático do que tradicionalmente constitui a culpa habilidade, onde se desenvolve a teoria da imputação subjetiva a partir do escopo de indicar quais os parâmetros necessários para afirmar o Deus valor peculiar ao direito penal para censurar o autor de um injusto. Nesse sentido, o que busca significar a imputação nesta seara anteriormente referida é quando os significados de um justo já constituído permitem a reprovação do autor que será a partir disso autor culpado

A imputação subjetiva não é vista pelo funcionalismo condicionar ou excluir o injusto penal, vez que ao se apresentar como necessidade para afirmação de uma pele, este referido injusto já estará perfeito. Com efeito o significado que aqui se busca descortinar quando o autor concreto como sujeito capaz de apreender a disposição da norma e se motivar conforme tal discernimento do expressado pelo imperativo pode ter um injusto a ele imputado conforme a finalidade do direito penal

3. A TEORIA PENAL DE KARL BONDING

Ao tratarmos o conceito de Imputação como mecanismo através do qual o homem realiza a atribuição de significados a objetos por meio da linguagem, isto coloca a referida Imputação, seara penal, em uma posição assaz importante, pois o seu uso estará sempre vinculado à determinação de questões materiais, que se referem, em últimas instância, a (i)legitimidade do uso poder punitivo estatal, que representam na verdade a possibilidade e ao mesmo tempo o limite da resposta desse referido ramo do direito. Com efeito, é até mesmo intuitivo que tal procedimento, além de não estar restrito, como dito anteriormente, ao contexto exclusivo da teoria da imputação objetiva, de igual forma não é um fenômeno cuja manifestação se apresenta de forma tardia na teoria do crime, que seria, portanto, engendrada pelo funcionalismo penal, apenas nos tempos hodiernos.

É incontestável que no presente existe em determinados casos, sobre as questões de Imputação, uma hipérbole; fato que a colocou sob uma marcha con-

tínua de desenvolvimento que, acompanhada de novas perspectivas, possibilidades e garantias, ao possibilitar a articulação de diferentes questões de conteúdo, ou atribuir diferentes formas de uso as que preexistiam ao ponto de grande relevância, oferece também novos riscos que despertam igualmente a adoção cuidados correspondentes, principalmente quando o que se verifica é uma questão essencialmente vinculado à linguagem. Certo é que, o cenário posto, mesmo não sendo em si o primeiro, permite sem grandes dificuldades afirmar uma nova fase de seu desenvolvimento dentro panorama jurídico penal, que deve ser necessariamente considerada no trato científico (crítico) do fenômeno.

Não obstante, o que se verifica é que antes do desenvolvimento decorrente da afirmação do neokantismo, que hoje é encabeçado pelo funcionalismo penal, a Imputação é um conceito que se apresenta em sua plena existência nas ideias penais, e muitas vezes com status de pedra de toque de todo o aparato conceitual do mencionado ramo do direito, como testemunham as obras de diferentes autores signatários do jus naturalismo racionalista do século XVIII, assim como os penalistas hegelianismo do século anos XIX.

Foi um desdobramento histórico também de caráter metodológico que eclipsou o desenvolvimento e o uso do conceito de imputação durante uma faixa temporal, vez que isso consistiu essencialmente em uma decorrência lógica da afirmação do mesmo paradigma científico que mais tarde, com seu declínio, possibilitou o seu retorno: o positivismo. Sabe-se que esta corrente de pensamento se afirmou de uma forma violento no final do século XIX, sobretudo por meio da grande influência e repercussão Do Tratado de Direito Penal de Franz von List, que apresentou um positivismo um desenvolvimento do positivismo de rasgo naturalista, conformando a base do sistema teórico pertinente ao Direito Penal que foi inclusive seguida pelos Neokantistas, assim como até hoje se faz presente nas propostas Funcionalistas.

Foi a partir da obra de Liszt, portanto, que se per fez a estruturação do sistema da teoria do delito, sob exige do paradigma causal, que propriamente se releva historicamente como proposta que deu a plasticidade de um sistema teórico do direito penal científico cuja herança, em relação a configuração fundamental da teoria do crime, se perpetuou nas ideias penais e é herdado pelos penalista atuais, porquanto nenhuma proposta subsequente ficou isenta a sua influência, pelo menos nos pontos estruturais mais elementares.

Antes da proposta teórica de Liszt, portanto, não existia propriamente uma estruturação deliberada de composição de um sistema científico, nos moldes atuais, que articula em si de forma coerente e lógica, como ocorre nas ciências

naturais, os critérios necessários para converter uma ação em delito.⁹ A própria forma de desenvolvimento das instituições indica tal afirmação, vez que não havia antes do positivismo uma preocupação com a sua sistematização sucessiva, ao contrário, trabalhava-se, nessa conjuntura, com desenvolvido substancial de questões materiais, que eram reunidas posteriormente sob forma de um conceito monolítico de crime¹⁰, que se apresentava como uma viga mestra onde eram reunidas todas as questões pertinentes ao arcabouço conceitual necessário para definir a existência do referido fenômeno, isto é, os requisitos materiais que a presença pode revestir um comportamento passado da qualidade de crime - o que não deixa de ser um método, somente não era um método científico no conceito de ciência posteriormente perfilado. Dentro do cenário pré-positivista anteriormente referido, a Imputação consistia, a rigor, não só no mais importante, mas no único método de aplicação do Direito Penal vigente, pois ela se apresentava até então, face a ausência de um sistema ordenado de conceitos e de um sistema, como o veículo ou mecanismo que carregava os caminhos necessários para que se perfaça a formação dos critérios materiais do conceito de crime, tanto para a formação de um injusto como também quanto a formação de um injusto culpável - da censura o pessoal do autor.

Essa foi a quadra histórica da vida científica de Karl Binding, amplamente reconhecido como um dos maiores autores da história das ideias penais. A grande deferência direcionada a Binding é motivada, sobretudo, por ser ele o autor cuja genialidade foi responsável pela criação e desenvolvimento da teoria das normas, sem a qual nada do que se conhece hoje como método penal teria qualquer possibilidade de existência concreta.

Com o desenvolvimento da sua teoria das normas, Binding também desenvolveu uma profícua teoria da imputação subjetiva, a qual, na forma que apresentou este referido autor, buscava elucidar os pressupostos para estabelecer um método seguro capaz apontar os caminhos para significar uma conduta realizada

9 Sobre a influência de Liszt para conformação do sistema tripartido de delito, trazemos à colação a precisa síntese apresentada por Leonardo Siqueira: “Em relação ao direito penal, é o nosso autor que, segundo Roxin Roxin¹⁸, oferta a maior contribuição de um penalista alemão para a ciência penal contemporânea ao cindir a ilicitude da culpabilidade, dando o pontapé inicial para o desenvolvimento do sistema tripartido e causalista do delito. Com a cisão, certamente influenciado pela obra de Ihering, Liszt desenvolve a ideia de uma ilicitude penal completamente objetiva e de uma culpabilidade subjetiva portadora do dolo e da culpa em sentido estrito. O autor desenvolve alguns conceitos importantes e caros para a dogmática penal até os dias atuais, como, por exemplo, os conceitos de ação, causalidade e bem jurídico – es te examinado na ilicitude material –, que atuavam como elementos centrais na teorização casualista (...).” SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. As duas faces de Franz von Liszt: o dualismo metodológico e as suas influências no direito penal moderno. **Revista de Estudos Criminais**. v.17, n.71, Janeiro/Março, 2021. P. 46.

10 Nesse sentido, sobre a o padrão epistemológico presente na obra de Binding, veja-se: “Entretanto, as definições dadas por Binding não são submetidas ao padrão epistemológico tripartido, anteriormente citado, construído pela dogmática alemã. Muito ao contrário, o fundamento da citada definição está na noção de imperativo, tão importante no direito penal desde o século XIX até os dias atuais, já que é nela que se fundamenta o hodierno conceito de antinormatividade.” BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **DELICTAE**, Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018. P. 20-21.

e objetivamente definida como crime como comportamento que operou a violação dos imperativos circunscritos na norma jurídica por um autor culpável.

3.1. *A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA EM KARL BINDING*

Ressaltando a imprescindibilidade da teoria da culpabilidade para a ciência do Direito Penal, vez que se apresenta como o pressuposto invariável mais sensível quanto a sua comprovação para autorizar a responsabilidade penal de uma pessoa, Binding apresenta a teoria da culpabilidade através de um duplo cariz conceitual. Em um primeiro vértice, diz-nos que a culpabilidade consiste em constatação concreta e comprovada dos fatores necessários para apontar censura de uma pessoa, porquanto com isto apontamos que o seu comportamento, além de objetivamente causa o delito, se apresenta também como vontade determinada subjetivamente que é contrária ao imperativo da norma do direito, cuja constatação autoriza a legítima aplicação de uma pena criminal ao autor do comportamento; já em um segundo vértice, impõe-se também por efeito do conceito de culpabilidade, afirma Binding, que após a comprovação da censura pessoal pela comprovação da vontade manifestamente contrária ao imposto pela norma, a culpa em sentido estrito do autor, a referida culpabilidade se converte como molde de moderação da pena criminal ao caso específico, que será necessariamente adequada à substância que aquela se fizer presente.¹¹

Note-se, portanto, que a culpabilidade se revela no pensamento do autor alemão não só como um requisito que pressupõe e condiciona a pretensão afirmação de uma pena criminal, porque também é igualmente o seu próprio fundamento, na medida deverá ser a pena merecida também medida conforme a culpabilidade, que será maior ou menos conforme se mostre a magnitude do desvalor ou reprovabilidade pessoal que se põe ao caso, o qual poderá, portanto, apresentar diferentes matizes, mesmo em um exato mesmo crime, a depender das circunstâncias inerentes ao caso. Nessa proposta, afirma-se, por conseguinte, que a presença comprovada da culpabilidade, além de pressuposto de necessária comprovação para que o Estado possa fazer uso da resposta penal, também não se afasta e condiciona a maior medida da sanção criminal concretamente imposta, vez que somente o seu maior grau, que obviamente deverá ser comprovado, é o que autoriza uma maior pena sofrido.¹²

Diante de sua própria natureza, intrinsecamente ligada e no todo inseparável do aspecto pessoal do autor, de onde se extrai a direção que determinou o

11 BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, N° 30. 2009. P. 5.

12 BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, N° 30. 2009. P. 8.

conteúdo de sua vontade, assim como pela relação de dependência que mantém para com norma, vez que somente a vontade pertinente a sua violação é abarcada no seu conteúdo, que define o âmbito do antijurídico, assevera Binding que a natureza e substancial preponderância da culpabilidade jamais autoriza que o método penal exerça sobre ela qualquer espécie de constatação, que seria uma definição vazia, e a pena não estaria, assim, baseada na sua existência, mas em uma presunção. Porquanto os elementos da culpabilidade dizem respeito ao aspecto subjetivo do próprio autor, vez que ela mostra a determinação de sua vontade como menoscabo do imperativo da norma, a culpabilidade somente pode ser efetivamente conhecida sob o prisma de uma avaliação contextual, a qual leve em consideração também eventuais contingências ou variáveis bem específicas, que podem revelar a antijuridicidade ou não do fato objetivo. Isso posto, por ser a culpabilidade subjetiva cuja aferição depende da análise controlada dos fatores que estão imbricados ao contexto de emissão da vontade, que convergem todos de forma configura-la como determinação de vontade contrária ao direito, sentencia Binding, arrematando a questão do método penal, que a culpabilidade sempre será, na metodologia do referido ramo do direito, uma questão que brota do caso concreto que se põe ao pronunciamento jurisdicional. É importante observar que, na perspectiva do autor alemão, a culpabilidade não é inseparável de seu contexto apenas enquanto um requisito para autorizar a imposição legítima de uma pena criminal; igualmente, é do caso, e somente dele, que são extraídos os dados que autorizam a aplicação de maior quantidade de pena criminal, pois nele albergam a intensidade da reprovação pessoal do autor, que pode assumir diferentes níveis de censura, e sua comprovação determinará a medida quantitativa da pena.¹³

Na medida que a norma é engendrada com fito de inibir através de um imperativo que não se realize um determinado comportamento antijurídico, esperando, portanto, que o autor observe e não delibere diferente do que é esperado pelo direito, tem-se que o seu escopo busca censurar somente a vontade configurada precisamente de maneira a contrariar o valor que se afirmar por meio imperativo da norma do direito, e disso resulta que a violação objetiva de dita norma, porque a descrição da conduta não ter em si nada sobre o específico que pode tornar uma pessoa destinatária do valor que ali se exige o respeito, impõe que a definição do tipo penal objetivo, a priori, não importa nenhuma avaliação do desvalor penal de uma conduta porque a delimitação conceitual que estabelece legalmente não define o campo do comportamento ilícito que seria antagonizado pelo diverso, o lícito; que é penalmente irrelevante o fato que se reserva,

13 BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal.** Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P. 8.

simplesmente, a realizar objetivamente a conduta definida na lei como crime, porquanto a relevância penal do mesmo pressupõe sobreposição de devida, que se determina com a procedência de um juízo que se projeta não na realização naturalística do comportamento, mas na valoração da determinação da vontade do autor em função do conteúdo da norma. Com efeito, dada a contingência anterior, todo e qualquer comportamento que se mostre adequado ao enunciado pela Lei, por conta de o referido tipo descrever uma ação que se realizada pode, a princípio, constituir-se em um fato em absoluto relevante para o direito, por representar um desvalor que é o contrário contrária um valor exigido pela norma, assim como ao mesmo, em absoluto, em um fato irrelevante ao direito, não há antijuridicidade a ser definida no tipo pois esta referida questão não guarda relação com a causalidade.¹⁴

A violação do imperativo expresso na norma do direito, que só pode ser configurada pela vontade contrária a ele, não tem, em princípio, nenhuma relação direta com a delimitação conceitual do tipo objetivo. A distinção entre o campo do lícito, que é penalmente irrelevante, e o antijurídico é baseada em um juízo que é formado a partir da realização da vontade do autor em relação à norma. Nesse sentido, qualquer comportamento que se enquadre na descrição legal do referido tipo é, em princípio, um fato que pode ser tanto irrelevante para o Direito Penal quanto contrário a ele, pois essa questão não está relacionada à causalidade.¹⁵

Em outras palavras, a delimitação do tipo objetivo, que descreve os elementos externos do comportamento, não determina automaticamente se um comportamento é antijurídico ou não. Essa distinção é feita com base na análise da vontade do autor em relação à norma jurídica. Assim, a mera correspondência entre o comportamento descrito no tipo objetivo e a conduta realizada não é suficiente para determinar sua relevância no âmbito do Direito Penal. A avaliação da antijuridicidade requer a consideração da vontade e sua relação com a norma, indo além da mera causalidade.¹⁶

Assim, a constatação da questão causal entre a conduta e a descrição legal delimita a incriminação antecede e condiciona a avaliação da antijuridicidade

14 O tipo objetivo apresenta concretamente todos os elementos concretos com os quais a norma caracteriza determinado comportamento como proibido. A contrariedade para com a norma de proibição ou a norma de mandato converte um fato realizado e definido no tipo como antijurídico. O fato se caracteriza como contrário a norma através de um juízo de avaliação que se destina a descortinar a existência de um comportamento juridicamente reprovável do seu autor em face da exigência que o ordenamento jurídico impõe dirigido a ele, pessoalmente. BINDING, Karl. La culpabilidad en derecho penal. Del dolo antijurídico. **La culpabilidad en Derecho penal.** El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P. 9.

15 BINDING, Karl. La culpabilidad en derecho penal. Del dolo antijurídico. **La culpabilidad en Derecho penal.** El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P. 12-13.

16

somente na medida que de cidade é a lei, ao expressar o modelo de ação humana proibido pela norma do direito, a primeira e mais ampla barreira que um contexto fático analisado enfrenta ao apresentar a sua pertinência penal, e o comportamento que não apresenta nenhuma previsão legal é na verdade um indiferente penal, vez que sequer atingiu o patamar de configurar-se em uma ação cuja potência poderia violar que a norma aponta como tal.¹⁷

Para que uma determina realização de um tipo objetivo se transforme efetivamente em um delito, portanto, a questão de relevante avaliação para determinar a transposição do espaço da licitude em um cenário concreto direciona, portanto, à necessidade de apreciar, considerando os elementos do contexto passado, de que maneira se deu a configuração da vontade do autor que colocou a efeito uma modificação do mundo exterior, isto é, se foi a vontade configurada como manifestação determinada a menoscabo da norma jurídica.

E sentido a culpa habilidade como tipo subjetivo de delito não é uma variável que permite afirmar a existência de um crime em face da sua constatação, mas sua própria contingência por quanto a avaliação do antijurídico, isto é, do contrário a norma do direito consiste em atribuir um significado que leva em conta em essência a forma de configuração da vontade do sujeito como desvaliosa, que deverá para isto, necessariamente, ser conformada de forma determinada quanto à violação da norma.¹⁸

Com efeito, a teorização de Binding une o tipo subjetivo de delito à norma para apresentar um caminho para o julgador avaliar se o caso criminal concreto cuja jurisdição é provocada para sua resolução. Nesta proposta metodológica, ressalte-se que a peculiar vinculação entre o cariz subjetivo do 'tipo subjetivo do delito' - que deverá ser não só presente mas também determinado - e a potencialidade de violação do conteúdo de norma penal - que possui como destinatários exclusivamente pessoas capazes e conscientes de seu conteúdo- impede que a ausência de consciência.¹⁹A teorização de Binding estabelece uma abordagem que associa o elemento subjetivo do delito à norma jurídica, oferecendo um método

17 BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal.** Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P.12

18 BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal.** Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P. 12-13.

19 A ciência do direito trabalha baseand-se em diversas definições. Considerando que não reconheço nestas a possibilidade de existirem ações antijurídicas em relação a um sujeito capaz de ações que são passíveis de serem a ele imputadas (quer dizer, não existe ação antijurídica de sujeitos que não são imputáveis), Binding então define a culpabilidade em sentido estrito como justamente o comportamento voluntário (não no sentido de emitido sem coação externa, mas de emitido por um sujeito imputável) isto é, como a vontade de um sujeito CAPAZ de realizar uma ação antijurídica (ou ação que dá causa a antijuridicidade). Assim, sobre o conceito de culpabilidade, os critérios impostos devem buscar identificar o seguinte: avontade de um sujeito capaz de ação como causa de uma ANTIJURIDICIDADE evitável a ele. BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal.** Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P. 12-13. p. 11-12

para que o julgador avalie a situação específica de um caso criminal que está sob sua jurisdição. Nessa proposta metodológica, destaca-se a conexão essencial entre a natureza subjetiva do “tipo subjetivo do delito” - que deve estar presente e ser determinado - e a possibilidade de violação do conteúdo da norma penal - que se aplica exclusivamente a indivíduos capazes e conscientes de seu teor. Essa relação impede que a falta de consciência ou a ignorância da norma possam ser consideradas como justificativas para a ausência de responsabilidade penal.)

indelével vinculação entre ninguém mais que potencialidade de violação reconhecer a ausência de compreensão do conteúdo desta última e seja por incapacidade de compreender-lo ou ainda por ausência de consciência da Antes de cidades que ela exprime significa necessariamente que Não existe vontade que possa ser significado Como configurada como antijurídica ou contrária ao direito, Por que tais circunstâncias Fazem com que o autor de um comportamento causal não seja o destinatário da própria vontade do direito, que proíbe comportamentos desvalioso justamente porque foi configurado de modo contrário ao valor por ele imposto, O que não pode ser atingido como referenciado por uma circunstância causal parênteses como ué o comportamento humano sobre as circunstâncias. Seria este, portanto, um esforço similar A realizar um silogismo demonstrativo sem uma das premissas presentes(A potencialidade de violação reconhece a importância de não se reconhecer a ausência de compreensão do conteúdo normativo, seja por incapacidade de entendê-lo ou por falta de consciência. Antes de discutirmos as cidades que essa potencialidade exprime, é necessário destacar que a falta de compreensão não justifica a não existência de vontade, pois o comportamento pode ser configurado como antijurídico ou contrário ao direito. Tais circunstâncias fazem com que o autor de um comportamento causal não seja o destinatário da vontade do direito, que proíbe comportamentos desvaliosos justamente porque foram configurados em oposição aos valores impostos por ele. Essa falta de entendimento não pode ser usada como uma circunstância causal para justificar o comportamento humano. Seria semelhante a tentar construir um silogismo demonstrativo sem uma das premissas.²⁰

É importante notar que a teoria de Binding busca preencher essa lacuna em relação ao método penal, construindo um conceito de delito com base em uma teoria da imputação subjetiva que, em última instância, se sustenta no pressuposto de um conceito pré-jurídico: o livre arbítrio.)

Note-se de o que faz Bing em sua teoria portanto e diante da ausência de um sistema mais desenvolvido em relação ao método penal é precisamente cons-

20 BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, N° 30. 2009. P. 15.

truir um conceito de delito baseado em uma teoria da imputação subjetiva que, em última instância, se sustenta a partir do lhastró de um conceito pré-jurídico : livre arbítrio.

Argumenta Binding que a ação humana não é punível em nada mais que um reduzido e bem delimitado recorte de casos, porquanto somente pode-se dizer e reputar a existência de um delito punível quando há a realização de uma conduta incriminada cuja valoração subsecutiva de questões do caso concreto revelará a sua dignidade penal.

A denominação delito punível, diz Binding, se refere a violação do imperativo de comportamento que expressa a vontade do direito, o qual este último torna concreto ao circunscrever proibições e mandatos no veículo daquela referida vontade: a norma.

Diz Binding, que a descrição legal de um comportamento pressupõe o seu desvalor para construir um modelo conceitual, mas em nenhuma hipótese pode ser confundida com ele próprio. Com efeito, note-se que o tipo penal é o mecanismo que se vale o método penal para articular de forma linguística todas as características de um comportamento humano *de per si* desvalioso, vez que rigorosamente o seu papel é delimitar um modelo de comportamento concreto que a norma, ao expressar a vontade do direito, atribuiu a ele a condição de proibido.

Nesse sentido, se a norma é em si a forma de concretizar o desvalor do direito e a referida norma não está propriamente no tipo penal objetivo, a antijuridicidade ou contrariedade da vontade posta pelo direito não pode ser nele capturada, pois é logicamente impossível retirar um dado, qualquer que seja a sua natureza, de um lugar que ele não existe. O fato humano que é adequado ao tipo penal, para Binding, é um fato humano. Trata-se, a rigor, de um elemento ou dado puramente causal, de onde nenhuma questão sobre o seu desvalor ainda foi revelada, ou seja, não se sabe ainda se há relevância jurídica de dito comportamento.²¹

A relevância jurídica de um comportamento consiste na determinação de sua efetiva dignidade penal, pois, como referenciado, a existência do delito punível face à infinidade de comportamentos humano concretizados sé deveras reduzida. Isso se dá porque se o direito torna a sua vontade manifesta por meio da norma, conceito que antagoniza ao conceito de Lei, somente a verificação e afirmação da contrariedade para com aquela norma pode violar a vontade do direito, isto é, somente a constatação de violação da norma de proibição e da norma de

21

mandato pode converter a realização de um fato definido pelo tipo penal como realização de um fato antijurídico.²²

Note-se que avaliação de violação da norma e subsequente existência do desvalor penal pressupõe a constatação do parâmetro causal cuja definição do tipo objetivo apresenta. Não obstante, isto se deve ao fato de o tipo penal, como apresentado por Binding, ser uma espécie de mecanismo que o método penal se vale para traduzir a vontade do dirto circunscrita na norma, torna-la cognoscível ao homem, e assim um m

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da pesquisa é sintetizado em uma pergunta cujo direcionamento consiste em investigar o motivo pelo qual a teoria das normas em Binding a imputação pode ser considerada, substancialmente, como uma teoria da imputação subjetiva, desde a compressão da imputação como mecanismo da linguagem, ela consistirá em um juízo de atribuição de significados.

A hipótese do trabalho é que a teoria penal de Binding, representada sobretudo pela teoria das normas, consiste essencialmente em uma Imputação. Isso se dá porque norma é a violação do imperativo de comportamento que expressa a vontade do direito, o qual este último torna concreto ao circunscrever proibições e mandatos. A antijuridicidade é a contradição do fato a vontade do direito que se expressa na norma um valor e um comportamento esperado para não violar este valor. Como o comportamento esperado é imperativo de conduta, omissiva ou negativa, Binding coloca que a norma possui destinatários específico, pois somente quem pode compreender e valorar o seu conteúdo poderá configurar a sua vontade de forma determinada a violar também violar o mesmo comando normativo. Nesse sentido, o livre arbítrio é a um pressuposto para violar a norma do direito penal, e com isto a pessoa que não pode compreender o seu conteúdo valorativo não pode ter consciência e avaliar o valor de realizar ou se abster de realizar aquele comportamento, que é esperado pelo direito porque é o comportamento que não contraria o valor que ele deseja tutelar. Não obstante, o comando da norma tutela um valor fundamental, e por isto mesmo a norma dirige o imperativo para quem possa compreendê-lo e evitar a sua violação com um comportamento.

22 Diz Binding que tomada no sentido de elemento necessário para afirmar a 'censura do acusado, a culpabilidade significa ação culpável, ou ação culpavelmente antijurídica. Argumenta que a ação humana não é punível em nada mais que um pequeno recorte de casos que recebem dignidade para tanto, reservando-se termo crime ao delito punível. BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal.** Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, Nº 30. 2009. P. 8.

Nesse sentido, as pessoas que por alguma questão, preexistente ou circunstancial, não puderem compreender o significado ou podendo compreender não puder a partir disto determinar a sua vontade conforme ele exige, não pode violar a norma, simplesmente porque ela, ao tutelar um valor e emitir um imperativo de comportamento para protegê-lo, a norma cria um desvalor contraditório que é a antijuridicidade: a conduta que contraria o imperativo de comportamento da norma cujo autor configurou a sua vontade de maneira determinada a infringir o valor tutelado pela referida norma, o qual, inclusive, justifica a sua existência. Disso resulta que a norma não tem como destinatário e não pode sequer violar o seu conteúdo aquele que, em razão da ausência pleno exercício de seu livre-arbítrio, não pode compreender o significado do valor injusto que ela expressa para configurar a sua vontade de forma determinada, pois neste caso não existe o desvalor necessário para considerar uma pessoa como autora de um comportamento que vem a contrariar a o valor da norma: a culpabilidade. Isso posto, a ausência de culpabilidade impede o autor de realizar o antijurídico. Isso posto, nota-se que Bing faz em sua teoria, portanto, e diante da ausência de um sistema mais desenvolvido em relação ao método penal, é precisamente construir um conceito de delito baseado em uma teoria da imputação subjetiva que, em última instância, se sustenta a partir do lastro de um conceito pré-jurídico: livre arbítrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Del dolo antijurídico. La culpabilidad en Derecho penal. El error. La imprudencia. Traducción y notas por Manuel Cancio Meliá. Colección: Maestros del Derecho penal, N° 30. 2009.
- BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **DELICTAE**. Vol. 3, N°4, Jan.-Jun. 2018.
- BRITO, Alexis Couto de. Argumentação jurídica e tipicidade. Do entimema na teoria da imputação penal. p. 114-137. **DELICTAE**. Delito. v.5, n.8, Jan.-Jun/2020.
- Mir Puig, Santiago. Significado y alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2003, núm. 05 05.
- ROXIN, Claus. Problemas basicos del Derecho Penal. Madrid: Reus S.A. 1976.
- SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de. As duas faces de Franz von Liszt: o dualismo metodológico e as suas influências no direito penal moderno. **Revista de Estudos Criminais**. v.17, n.71, Janeiro/Março, 2021.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E IMPUTAÇÕES PENAIS: PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA-CRÍTICO OU GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

MARCUS TADEU MACIEL NAHUR¹

ROSILENE APARECIDA MARTON²

ORLY KIBRIT³

1. INTRODUÇÃO

O modelo garantista de Luigi Ferrajoli se apresenta como um esforço de sistematização teórico-prática sobre direitos fundamentais e imputações penais, situada no contexto do Estado Constitucional de Direito contemporâneo. A partir da originalidade que lhe é própria, essa sistematização possibilita o resgate das estruturas do Estado de Direito, agregando-as em uma teoria em que princípios fundamentais e legalidade despontam como elementos de convergência na formação do Estado Democrático de Direito. Esta configuração específica do Estado, lastreada na valorização dos direitos fundamentais, tem um substrato próprio, haurido da constatação histórica de que a democracia, enquanto forma de organização do poder estatal, não é apenas o governo da maioria; ao invés, ela deve estar comprometida com esferas de controle material, que são instrumentos de direcionamento dos fins do Estado, de acordo com a igualdade jurídica dos indivíduos. Trata-se de implementar uma nova dimensão à democracia, denominada democracia substancial, que se consolida pela observação estrita dos direitos fundamentais, cujas garantias são instrumentos de realização. Inserido no paradigma positivista crítico - estabelecendo na Constituição o ponto de início do ordenamento, o garantismo de Luigi Ferrajoli procura identificar, dentro do

1 Formação Acadêmica: Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL – Lorena/SP.

2 Formação Acadêmica: Mestranda em Direito pelo Centro Universitário UNIFIEO – Osasco – SP.

3 Doutora e mestra em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (títulos obtidos com distinção e louvor). Graduada em Direito pela mesma Universidade. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIFIEO. Líder do Grupo de Estudos sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Integrante dos grupos de pesquisa (CNPQ) “Modernas Tendências da Teoria do Delito” e “Segurança Pública e Cidadania”, ambos promovidos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessora criminal na Procuradoria Regional da República da 3ª Região. Professora no Complexo Educacional Damásio de Jesus.

próprio ponto de vista interno da ordem jurídica posta, a possibilidade de um controle não apenas formal, mas também material de deveres de proteção dos direitos fundamentais. Para a realização de tal controle, as garantias exercem papel fundamental, pois, além da eficácia dos direitos de nível superior, elas devem atuar para a efetivação de tais normas, em caso de lacunas, e, ainda, para a anulação das normas de nível inferior, em caso de antinomias.

Desse modo, este texto tem o objetivo de investigar, baseado em pesquisa bibliográfica e documental, as relações entre direitos fundamentais e imputações criminais, valendo-se da perspectiva do constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista de Luigi Ferrajoli.

Para tanto, de início, coloca em foco o próprio garantismo, de modo que se possa apresentar uma noção geral dessa concepção jurídica de Luigi Ferrajoli e o seu alcance no universo jurídico contemporâneo.

Em seguida, discute as características do constitucionalismo não positivista e principialista, analisando seu marco histórico, filosófico e teórico, bem como apresenta as críticas a esse modelo.

Na próxima etapa, apresenta o constitucionalismo juspositivista-crítico e seus significados, bem como as objeções que ele traz ao constitucionalismo não positivista e principialista, também conhecido por neoconstitucionalismo.

Por último, analisa-se a questão dos direitos fundamentais e das imputações penais, na sociedade contemporânea, notadamente, dentro da perspectiva do constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista.

Nas considerações finais, são repassadas as principais ideias garantistas e seus reflexos criminais desenvolvidas ao longo do texto.

2. O GARANTISMO EM FOCO: NOÇÃO GERAL E TRÍPLICE ALCANCE

Presente em vários textos constitucionais modernos como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, na prática, o garantismo nem sempre é bem atendido. A incongruência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores traz o risco de torná-lo uma simples ornamento jurídico, com função apenas de mistificação ideológica.⁴ Contudo, o que se entende por garantismo é uma indagação ainda digna de investigação. Essa palavra possui três significados distintos,

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

porém, conexos entre si, os quais podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.⁵

Em um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito, de tal modo que o modelo de estrita legalidade do sistema garantista, próprio do Estado de Direito, sob a ótica epistemológica, se configura como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob a perspectiva política, se afigura como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e, sob o enfoque jurídico, se organiza como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos indivíduos. Desse modo, caracteriza-se como “garantista” todo sistema que amolda sua normatividade com tal modelo e a torna efetiva.⁶

Em um segundo significado, “garantismo” exprime uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também pela existência ou vigor das normas. Neste caso, a palavra garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no direito; e, a propósito, coloca como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (com tendências garantistas) e práticas operacionais (com tendências antigarantistas), interpretando-a com a antinomia que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.⁷

Em um terceiro e último significado, “garantismo” expressa uma filosofia política que demanda do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Aqui, o garantismo pressupõe a doutrina laical da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento jurídico.⁸

Estes três significados de “garantismo” têm um alcance digno de abordagem. Eles delineiam os elementos de uma teoria geral do garantismo, a qual tem os seguintes contornos: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto

5 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

6 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 683-684.

7 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-685.

8 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 685-686.

de vista interno (ou jurídico) e a conexas divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos valem para diversos ramos do direito - de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho - e, por certo, de maneira muito visível, para o direito criminal.⁹

Do ponto de vista da ciência do direito, o principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo se encontra na separação entre ser e dever ser. Como teórico do direito, Luigi Ferrajoli pertence à linha dos positivistas. Entretanto, é um positivista atento a distinguir a validade formal ou vigência das normas de sua validade substancial, bem como a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais, a validade não pode ser apenas formal. Assim, há nesse ordenamento um problema de ordem interna das leis e não só externa: um positivista bem consciente de que o tradicional conflito entre positivismo jurídico e jusnaturalismo tem perdido grande parte de seu significado, diante da consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, caso se prefira, entre efetividade e normatividade.

Do ponto de vista da política do direito, o teórico do garantismo, em geral, se insere na linha do pensamento iluminista, embora proponha a revisão dos fundamentos epistemológicos dessa tradição, mediante a distinção entre significado e critérios de verdade no processo, a análise das margens não suprimíveis do opinar sobre a verdade jurídica e do caráter não mais que provável da verdade fática, e o nexos estabelecido entre o grau de verificabilidade e de verificação e o grau de satisfação das garantias penais e processuais.

O “garantismo” é um modelo ideal, do qual é possível se aproximar mais ou menos. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, mesmo que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada por completo. No entanto, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente. Isso remete a uma contraposição entre o momento da legislação e o da jurisdição: o primeiro encontra seu elemento constitutivo no convencionalismo, ou seja, na teoria segundo a qual é delito o que a lei estabelece como tal, em contraste com as doutrinas objetivistas do delito, para as quais há ações más em si mesmas; e, o segundo, com seu elemento constitutivo na

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

doutrina contrária, do cognitivismo, de acordo com o qual incumbe ao julgador verificar ou refutar a hipótese acusatória por meio de procedimentos que tornem possível o conhecimento dos fatos.¹⁰ Com uma feliz antítese, que se encontra centralizada nos dois conceitos gerais do poder e do saber, a contraposição entre legislação e jurisdição, segundo o “[...] modelo garantista, se expressa com estas duas máximas: acerca da legislação - *Auctoritas, non veritas facit legem* -, e acerca da jurisdição - *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.”¹¹ Significa dizer que, na fase legislativa, a autoridade, e não a verdade, faz a lei, enquanto, na fase jurisdicional, a verdade, e não a autoridade, faz o juízo.

De qualquer modo, o modelo garantista pode ser visto em seu tríplice alcance. O primeiro envolve a relação entre direito e valores ético-políticos externos. O segundo engloba a relação entre direito no seu conjunto e práticas efetivas. E o terceiro abarca a relação entre princípios constitucionais e leis ordinárias e entre leis e as suas aplicações.¹² Aqui se impõe, então, um recorte epistemológico para, doravante, colocar em foco somente a questão do alcance jurídico dentro do chamado constitucionalismo contemporâneo.

3. CONSTITUCIONALISMO NÃO POSITIVISTA E PRINCIPALISTA: TRÍPLICE MARCO E CRÍTICAS AO MODELO

De modo bem objetivo, pode-se dizer que a trajetória percorrida pelo direito constitucional, nas últimas décadas, tem três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco histórico do novo direito constitucional foi o constitucionalismo do pós-guerra, em especial, na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A reconstitucionalização da Europa, após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomenclaturas variadas: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrá-

10 BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 9

11 BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 9.

12 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

tico.¹³ A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. No caso brasileiro, o ressurgimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ela foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário para um regime democrático de direito. Não obstante algumas críticas de governabilidade, nem sempre sustentáveis, o texto constitucional de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Uma Constituição não é só técnica. Por trás dela, tem de haver a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O renascimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser comemorado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, porém, real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito de algumas imperfeições de certas matérias nela tratadas. Não parece desarrazoado dizer, pois, que houve um significativo progresso da ordem constitucional com o texto promulgado em 1988.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos, mas, por vezes, complementares, para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.¹⁴ Busca-se um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça com validade universal, foi o nutriente das revoluções liberais e alcançou o apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi levado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. A superação histórica

13 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 241.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 242.

do jusnaturalismo e o enfraquecimento do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo, e ainda não encerrado, de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, porém, não despreza o direito posto. Ele procura empreender uma leitura moral do Direito, contudo, sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, porém, não podem comportar voluntarismos ou subjetivismos, sobretudo, os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas, que buscam abrigo neste paradigma em construção, estão incluídas as seguintes considerações: a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

O marco teórico apresenta três grandes transformações e, de algum modo, elas subverteram o conhecimento convencional no tocante à aplicação do direito constitucional: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹⁵

Quanto à primeira, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas, ao longo do século XX, foi a atribuição de norma jurídica à norma constitucional. Superou-se o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento político por excelência, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava, de forma invariável, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.¹⁶

Com relação à segunda, não se reconhecía à jurisdição um papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Com a reconstitucionalização, após a Segunda Guerra Mundial, esse quadro começou a sofrer alterações. Então, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. As normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, o que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coerção. Aliás, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da

15 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 255.

16 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 255.

realidade fática e as eventuais resistências das estruturas já instaladas. O debate acerca da força normativa da Constituição chegou ao Brasil, de modo consistente, ao longo da década de oitenta, tendo enfrentado as resistências previsíveis, desde as complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica até determinadas patologias crônicas, ligadas ao regime autoritário. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, por algum tempo, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata.¹⁷

No tocante à terceira, a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Por ser assim, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais.¹⁸ A partir daí, deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado em um verdadeiro sincretismo metodológico.¹⁹

O constitucionalismo moderno tem por propósito a limitação do poder e a garantia de direitos, em sentido mais de reconhecimento do que de efetivação, o que denota um caráter político acentuado desse modelo. A alteração paradigmática do constitucionalismo, vinda com o modelo contemporâneo, tem por finalidade atribuir, mormente, dentre outros aspectos, normatividade à Constituição, o que confere a ela destacado caráter jurídico. Entretanto, esse caráter

17 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 256-257.

18 Na ordenação mais amoldada às circunstâncias brasileiras, em geral, são mencionados os seguintes princípios: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. A interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo; ao contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Ocorre que teóricos e práticos do Direito perceberam, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.

19 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 258-259.

jurídico precisa ser bem entendido. Na visão do neoconstitucionalismo, a noção de normatividade não pode ser somente positivista e, além disso, ela precisa estar mais próxima de uma concepção principialista do Direito. Por isso, o neoconstitucionalismo pode ser definido como um “[...] constitucionalismo não positivista e principialista.”

O neoconstitucionalismo, por sua vez, não reinaria sem sofrer alfinetadas em suas ideias mais basilares. Não lhe faltariam críticas. As principais críticas a tal modelo foram apresentadas por Luigi Ferrajoli, cujos dizeres seguintes ilustram bem suas considerações:

[...] a configuração das normas constitucionais não como regras suscetíveis de observância e aplicação, mas sim como princípios suscetíveis de ponderações e balanceamentos, porque se encontram virtualmente em conflito, e, conseqüentemente, à centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito.²⁰

Essa noção crítica primordial ao neoconstitucionalismo permite avançar um pouco mais e identificar melhor os pontos que Luigi Ferrajoli mostra a respeito de suas falhas: primeiro, conexão excessiva entre Direito e Moral, de modo que a ideia de injustiça da norma pode contrastar com o princípio da legalidade; segundo, distinção qualitativa entre regras e princípios, de maneira que, ao ser o texto constitucional principiológico, há uma predominância dos princípios e, aplicando-se a ponderação, tem-se uma desidratação da força normativa do próprio texto constitucional; e, terceiro, o ensejo a um ativismo judicial, diante do caráter abstrato dos princípios e de sua respectiva ponderação por parte dos julgadores.²¹ Com efeito, a partir dessa sua leitura, Luigi Ferrajoli propõe um constitucionalismo juspositivista-crítico, também denominado de constitucionalismo garantista, como alternativa para os equívocos do neoconstitucionalismo, enquanto um constitucionalismo não positivista e principialista.

4. CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA-CRÍTICO OU GARANTISTA: TRÍPLICE SIGNIFICADO E OBJEÇÕES AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Luigi Ferrajoli considera que constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista se apresenta ao constitucionalismo contemporâneo como uma espécie de “[...] de reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas que deveriam orientar a produção do direito positivo.”²² Ele

20 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/>.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023, p. 96.

21 NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 105-106.

22 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**, Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/>.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023, p. 103.

representa, portanto, “[...] um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito.”²³

O constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista, do qual Luigi Ferrajoli é protagonista, apresenta três significados: como modelo de sistema jurídico; como teoria jurídica; e, como filosofia política.

O primeiro significado aponta para um sistema de limites e vínculos constitucionais aos poderes, que devem ser garantidos pelo controle de constitucionalidade, seja pelos limites impostos, cuja violação gera antinomias e, por conseguinte, a invalidade da lei, seja pelos vínculos impostos, cuja violação gera lacunas e, assim, necessidade de atuação legislativa. Como modelo de Direito, assume que o direito dos Estados Constitucionais incorporaram limites e vínculos a todas as funções do poder e têm buscado garanti-los pelo controle de constitucionalidade sobre seu exercício, cuja violação gera antinomias, isto é, leis inválidas que devem ser anuladas na via judicial.²⁴

O segundo significado apresenta a divergência entre o dever ser, de caráter constitucional, e o ser, de caráter legislativo, do direito, e, nesse sentido, admite a existência de normas pela regularidade formal, porém, reconhece a invalidade pelo desacordo substancial, isto é, um direito constitucional ilegítimo, o que se mostra contrário ao modelo positivismo tradicional. O constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do Direito, que implica a divergência entre vigência e validade, uma vez que é possível a existência de normas vigentes que são inválidas.²⁵

O terceiro e último significado diz que o constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista reflete uma teoria da democracia substancial, haja vista que ela é entendida como um sistema jurídico e político. Nesse contexto, são perceptíveis as tensões e dissonâncias entre tal modelo e constitucionalismo não positivista e principialista, posto que este é caracterizado pela oposição ao positivismo jurídico e à separação entre direito e moral, pela argumentação de que os direitos constitucionais não funcionam como um sistema de regras, e sim de princípios, cujos conflitos são resolvidos pela ponderação e não pela subsunção, e por uma prática jurídica centrada na atividade judicial. Isso quer dizer que, nessa perspectiva de constitucionalismo não positivista, os direitos fundamentais, sobretudo, são considerados princípios e, portanto, podem ser objeto de ponderação ou

23 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**, Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023, p. 103.

24 VIGO, Rodolfo L. *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2019, p. 119.

25 VIGO, Rodolfo L. *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2019, p. 121.

balanceamento, quando estão em conflito. Outra tensão com o constitucionalismo não positivista e principialista, com seu marcado viés argumentativo, é a de que essa posição não é só descritiva, mas também prescritiva, trazendo como corolário, no campo da prática jurídica, a confusão entre eficácia e validade; daí, a ênfase no papel da prática jurídica, inclusive, para legitimar o direito, representando-o como fato, e não como norma, e reservando aos juristas um papel de transformação. Como filosofia política, o constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista se apresenta, pois, como teoria da democracia substancial, na medida em que abrange as garantias dos direitos constitucionais estabelecidos - direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade, direitos sociais -, os quais já não são valores objetivos, e sim princípios jurídicos que devem ser observados estritamente, conquistas históricas de movimentos reivindicatórios, e que se projetam, além do nacional, também aos planos internacional e supranacional.²⁶

Para Luigi Ferrajoli, o constitucionalismo garantista propõe uma substituição do critério da solução dos conflitos entre princípios, tendo assim se pronunciado:

[...] bem mais que no modelo neoconstitucionalista – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, enfraquecendo, [...] a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição - o paradigma do constitucionalismo garantista limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva - e não discricionária - da jurisdição.²⁷

Assim, o constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista traz objeções ao constitucionalismo não positivista e principialista, modelo este que, na visão de Luigi Ferrajoli, padece de alguns equívocos incontornáveis, por três razões básicas: a primeira delas é que ele estabelece uma conexão excessiva entre Direito e Moral; a segunda é que ele traz uma contraposição e distinção qualitativa entre regras e princípios; e, a terceira é que ele favorece um ativismo judicial e enfraquece a sujeição dos julgadores à lei e à certeza do direito, o que acarreta debilidade às fontes de legitimação da jurisdição.²⁸ Para ele, o constitucionalismo não positivista e principialista passou a ser insustentável “[...] com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais[...]”.²⁹ Desse modo,

26 VIGO, Rodolfo L. **El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2019, p. 123.

27 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023, p. 103.

28 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Morais da [et al.]. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

29 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023, p. 103.

quando se segue nessa direção, “[...] desaparece o principal traço do positivismo: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça.”³⁰

É preciso bastante atenção nesses pensamentos de Luigi Ferrajoli, em especial, dois aspectos muito significativos: direitos fundamentais e separação entre Direito e Moral.

Quanto ao direitos fundamentais, parece que ele recusa o constitucionalismo não positivista e principialista, porque este modelo existe só para exaltá-los ao máximo. No entanto, não é bem isso, pois, o que ele rejeita é o caráter ético-político exterior dos direitos fundamentais, uma vez que quer preservá-los nos limites da posituação jurídica, o que já é suficiente para lhes assegurar a devida proteção. A concepção ético-política exterior dos direitos fundamentais, ao contrário de fortalecê-los, acaba por levá-los ao enfraquecimento. Desse modo, o fortalecimento dos direitos fundamentais só pode ocorrer se preservados no espectro do positivismo jurídico e nos limites do direito positivado na ordem jurídico-constitucional. Os direitos fundamentais, em contraposição às particularidades das situações jurídicas, são caracterizados como universais. Eles assim o são, porque não são observados perfeitamente por todos, de uma vez por todas, e, por isso, precisam permanecer normativos, além do que dizem respeito a todos igualmente. À diferença das situações jurídicas de poder, sejam públicas ou privadas, as quais são sujeitas a vicissitudes, transferências, sucessões, investiduras e caducidades, as liberdades e os direitos sociais não se intercambiam e não se acumulam, porém, restam sempre iguais a si mesmos por qualquer pessoa, sem nunca interferir nem sofrer a interferência das oscilações das situações jurídicas. De um lado, o seu exercício não está em grau de crescer nem de diminuir a esfera das situações jurídicas, seja de poder ou dever; do outro, o exercício das situações jurídicas, enquanto produz sempre a aquisição ou a perda de novos poderes e deveres, não está apto nem a crescer nem a diminuir a personalidade jurídica dos cidadãos e a esfera de seus direitos fundamentais.³¹ Além disso, esses direitos, tidos como personalíssimos, são indivisíveis, no sentido de que a sua falta ou a sua injusta privação, provocando danos a quem quer que seja, viola os valores daquela pessoa atingida e, por extensão, de todas as pessoas. Disso é prova o fato de que a sua lesão é sempre um fator de crise na vida do ordenamento. Esses direitos são invioláveis, bem como inalienáveis e indisponíveis, no sentido que a sua violação justifica a violência: a violência individual da legítima defesa ou do estado de necessidade como causa de justificação de atos que de outro modo se-

30 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Kram Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023, p. 103.

31 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 730.

riam puníveis como delitos; a violência coletiva da resistência e da desobediência, como também a sua violação coloca em ato a autoridade pública.³²

No tocante à separação entre direito e moral, de início, há três teses teóricas. A primeira refere-se, em um primeiro caso, à autonomia dos juízos jurídicos em relação aos juízos ético-políticos, que interessa, sobretudo, ao problema jurídico da legitimação interna ou da validade. Em um segundo caso, ela constitui um princípio normativo sobre a diversidade de funções e a consequente autonomia das normas jurídicas daquelas morais, que diz respeito, essencialmente, ao problema político da justificação externa ou da justiça. Em geral, esses dois significados, logicamente independentes, ainda que ligados por um prisma histórico e filosófico, não vêm distintos entre si, resultando, pois, na equivocidade da fórmula em razão da confusão que se cria entre princípios, e, também, entre problemas diversos.³³ A segunda tese teórica é de cunho científico, cujo pressuposto de fato desta tese é, obviamente, que o direito mencionado seja inteiramente positivo, ou seja, que existam normas positivas sobre a produção de normas jurídicas, de modo que de cada norma de um ordenamento (excetuada a sua constituição) seja possível pregar a validade ou invalidade, com base em outras normas do ordenamento em si. Tal pressuposto foi concebido com o fenômeno moderno do monopólio estatal das fontes de produção e de convalidação jurídica, verificado na Europa entre o final do século XVIII e o início do século XIX, devido às codificações e às Constituições. E pode ser identificado com a incorporação nos Estados de Direito do princípio de legalidade, que é um princípio organizativo com base no qual todos os poderes públicos estão sujeitos à lei, e, juntamente com uma norma de reconhecimento de todas as normas válidas enquanto produzidas dentro dos ditames formais, às condições e aos poderes legalmente preestabelecidos.³⁴ A terceira é de caráter metacientífico sobre a recíproca autonomia do “ponto de vista interno” (ou jurídico) e do “ponto de vista externo” (ético-político, ou, ainda, sociológico) no estudo do direito. Esta recíproca autonomia é, de uma parte, a condição do desenvolvimento de uma ciência jurídica, enquanto disciplina empírico-descritiva de normas jurídico-positivas desvinculadas da moral, e, de outra, da crítica externa, seja ela sociológica ou ético-política, de um direito positivo, que, por sua vez, é independente dos princípios axiológicos que incorporou. É evidente que somente o abandono de qualquer moralismo jurídico consente à ciência do direito a possibilidade de reconhecer a validade das normas jurídicas com base em parâmetros internos ao ordenamento questionado, inde-

32 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 730.

33 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 176.

34 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 176-177.

pendentemente das suas adesões a parâmetros de avaliação externa. De modo inverso, somente o abandono de qualquer legalismo ético - ou seja, a negação de qualquer valor apriorístico das normas jurídicas bem como o reconhecimento do seu caráter puramente convencional -, consente à análise política e sociológica de identificar e criticar, com parâmetros externos e não jurídicos, os aspectos de injustiça ou de irracionalidade do direito positivo.³⁵ Essas três teses estão inter-relacionadas, porém, com significados e níveis diversos, e elas “[...] formam a concepção positivista do direito e da ciência jurídica, utilizada também com o nome de convencionalismo ou formalismo jurídico.”³⁶

Ainda com relação à separação entre direito e moral, existem também três teses axiológicas. A primeira, se aplicada ao delito ou ainda aos problemas de justificação da legislação, compreende que o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar uma determinada moral, porém, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. Pode-se pretender que uma ação não seja proibida se em nenhum modo é considerada reprovável, mas, ao contrário, não se pode admitir que o seja somente porque tida como imoral ou, de qualquer modo, reprovável. Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificação das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas.³⁷ A segunda, se aplicado ao processo, e, por conseguinte, aos problemas da jurisdição, considera que o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir vereditos morais sobre a sua pessoa, mas somente individuar os seus comportamentos vedados pela lei. Um indivíduo pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é. Por certo, para que tais condições se concretizem e o julgamento tenha caráter cognitivo e jurisdicional, não basta que os delitos sejam previstos em lei, consoante o princípio da legalidade, fazendo-se mister que os mesmos consistam em fatos empíricos taxativamente identificados segundo este mesmo princípio, a fim de que possam ser verificadas e rebatidas

35 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

36 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

37 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 178.

as teses judiciais que os afirmam ou que os negam.³⁸ Por derradeiro, a terceira, quando se trata de justificação da pena e dos seus modos de execução, proclama como princípio que a sanção penal não deve possuir nem conteúdos nem finalidades morais. Assim como a previsão legal e a aplicação judiciária da pena não devem servir nem para sancionar nem para individuar a imoralidade, também a sua execução não deve tender à transformação moral do condenado.³⁹ No seu conjunto, essas teses definem os fins da tutela e prevenção do direito penal, bem como, ao mesmo tempo, os limites nos quais se justifica a sua intervenção dentro de um modelo garantista.

5. CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA-CRÍTICO E GARANTISTA: A QUESTÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS IMPUTAÇÕES CRIMINAIS

É denominado garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal pautado por princípios que expressam garantias penais e processuais, quais sejam: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla poena sine crimine*); princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito (*nullum crimen sine lege*); princípio da necessidade ou da economia do direito penal (*nulla lex poenalis sine necessitate*); princípio da lesividade ou da ofensividade do evento (*nulla necessitas sine injuria*); princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (*nulla injuria sine actione*); princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*nulla actio sine culpa*); princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); princípio do ônus da prova ou da verificação (*nulla accusatio sine probatione*); e, princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (*nulla probatio sine defensione*).⁴⁰

Esses dez princípios, ordenados e sistematizados, definem - com certa força de expressão linguística - o modelo garantista de direito e, desse modo, as regras do jogo fundamental da persecução penal para as imputações penais. Eles foram esboçados pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto. Por isso, é possível dizer que tais princípios encontram seus incipientes ideários, com as devidas ressalvas, no constitucionalismo não garantista e principialista, também denominado de neoconstitucionalismo. Entretanto, eles foram bastante aprimorados e incorporados, com mais ou menos taxatividade, nas Constituições e codificações dos ordenamentos positivos desenvolvidos, conver-

38 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 178-179.

39 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 179.

40 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

tendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.⁴¹ Agora, estão colocados sob o manto do constitucionalismo juspositivista-crítico, também chamado de constitucionalismo garantista, assumido por Luigi Ferrajoli.

Os reflexos não apenas teóricos, mas também práticos dessas ideias são nítidos na persecução criminal deflagrada, na sociedade contemporânea, em relação às mais diversas imputações penais incidentes sobre os indivíduos. Para ilustrar essa notória incidência na dinâmica da apuração de infrações penais, sejam elas quais forem, traz-se à baila a questão da condução coercitiva de investigados ou acusados para interrogatório no país.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 foi proposta, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Partido dos Trabalhadores, para atacar a referida medida tanto na investigação, quanto na instrução criminal, baseando-se no argumento de que há violação ao direito à não autoincriminação. Sustentou que o direito à não autoincriminação é direito fundamental, emanado da dignidade da pessoa humana. Afirmou que o art. 260 do Código de Processo Penal, que dá à autoridade o poder de mandar conduzir o acusado à sua presença para ser interrogado, não foi recepcionado pela Constituição Federal, por ser incompatível com o direito de não se autoincriminar. Por sua vez, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi mais restrita quanto ao objeto - atacou a medida apenas em fase de investigação -, porém, sustentou um rol maior de direitos fundamentais potencialmente violados: princípio da imparcialidade (art. 5º, § 2º, CF c/cart. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF); princípio do *nemo tenetur se detegere*; princípio do sistema penal acusatório (art. 156, caput, do CPP); devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF); paridade de armas; ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF).

A lei processual penal pátria, em seu art. 260, mantém sua redação original, de 1941, segundo a qual se “o acusado não atender à intimação para o interrogatório [...], a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado - direito ao silêncio. A condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado - art. 367 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 9.271/96. Entretanto, o art. 260, do Código de Processo Penal, foi revigorado para, conjugado ao poder do juiz de decretar medidas cautelares pessoais, fundamentar a condução coercitiva de

41 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

investigados para interrogatório - especialmente, durante a investigação policial. Parte-se do princípio de que, se o juiz pode o mais - decretar a prisão preventiva - pode o menos - ordenar a condução coercitiva. Nos últimos anos, essa engenhosa construção passou a fazer parte do procedimento padrão nas chamadas operações. Essas investigações soem se destinar a apurar crimes graves e complexos, empregando técnicas especiais de investigação, com destaque para os meios de obtenção de prova mencionados no art. 3º da Lei 12.850/13 (colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal). Além do número de tombo, as operações recebem um nome de batismo, que designará não apenas o inquérito inicial, mas todos os procedimentos que em torno dele gravitam e, inclusive, seus muitos desdobramentos. Iniciam por uma fase oculta, na qual são empregadas as técnicas especiais de investigação que têm o sigilo como essencial, como por exemplo, interceptação de comunicações e ação controladas. A fase oculta transita para a fase ostensiva, em um momento conhecido como deflagração - na qual são executadas, ao mesmo tempo, as medidas probatórias e cautelares que não podem ser escondidas dos investigados, como buscas e apreensões, prisões e interrogatórios. Na representação por mandados tidos como indispensáveis à fase ostensiva das operações, vem se consolidando a prática de postular a condução coercitiva de investigados que não serão presos. Muitas vezes, as representações são atendidas e os mandados de condução expedidos. Para ficar no caso mais rumoroso, foram executadas inúmeras conduções coercitivas na Operação Lava Jato, na qual a espetacularização da persecução penal teve grande destaque.⁴² Contudo, a condução coercitiva não foi uma exclusividade da Lava Jato. Mesmo

42 Em 2008, o Supremo Tribunal reconheceu a gravidade de um dos aspectos desse contexto, a exibição de pessoas algemadas às câmeras de televisão. Em grande medida, tendo em mente essa preocupação, a Corte editou a súmula das algemas – Súmula Vinculante 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. No mesmo ano, na Recomendação 18/2008, o Conselho Nacional de Justiça recomendou “aos Magistrados Criminais que evitassem a utilização das denominações de efeito dadas as operações policiais em atos judiciais”. Apreciando casos semelhantes, a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que, tendo em vista a liberdade de informação, as autoridades públicas podem dar ao conhecimento do público em geral as investigações em andamento, inclusive mediante entrevistas aos órgãos de comunicação social. No entanto, em razão da presunção de inocência, assegurada pelo artigo 6º, § 2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as autoridades públicas devem fazê-lo com a discrição, a circunspeção e a neutralidade necessárias.

investigações de perfil menos impactantes também se valerem dela também, ainda que sem espetacularizações.

A questão toda envolve, pois, o tema dos direitos fundamentais e a necessidade de sua tutela, diante de possíveis violações à presunção de não culpabilidade, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de locomoção, à não autoincriminação, à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa.

Quanto à presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas.

Com relação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), ao ser prevista entre os princípios fundamentais do estado democrático de direito, orienta seus efeitos a todo o sistema normativo, constituindo, inclusive, princípio de aplicação subsidiária às garantias constitucionais atinentes aos processos judiciais. Esmo e o homem como objeto desta finalidade agredem a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo e também à dignidade humana. No caso das conduções coercitivas, resta evidente que o investigado ou acusado é conduzido de modo que fique demonstrada sua submissão à força. Não há uma finalidade instrutória clara, na medida em que o arguido não é obrigado a declarar, ou mesmo a se fazer presente ao interrogatório. Desse modo, a condução coercitiva desrespeita a dignidade da pessoa humana.

No tocante à liberdade de locomoção, ela é tida como é vulnerada pela condução coercitiva. A Constituição Federal consagra o direito à liberdade de locomoção de forma genérica, ao enunciar o direito à liberdade (art. 5º, caput, CF), a ser restringido apenas sob observância do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), e, de forma específica, ao estabelecer regras estritas sobre a prisão (art. 5º, LXI, LXV, LXVI, LXVII, CF). A Carta também enfatiza a liberdade de locomoção ao consagrar a ação especial de *habeas corpus* como remédio contra restrições e ameaças ilegais (art. 5º, LXVIII, CF). A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. O investigado ou réu é capturado e levado sob custódia ao local da inquirição, havendo uma indevida interferência na sua liberdade de locomoção, ainda que seja por um breve período.

No que se refere à não autoincriminação, tal direito consiste na prerrogativa de o investigado ou acusado se negar a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais recorrente do direito à não autoincriminação. Direito consistente na prerrogativa de o implicado se recusar a prestar esclarecimentos em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade (art. 5º, LXIII, CF, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII, CF). O direito ao silêncio e o direito a ser advertido

quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis ao interrogatório policial e à ação penal, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto - art. 6º, V, e art. 186, ambos Código de Processo Penal. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Além disso, o direito ao silêncio foi consagrado em tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário: artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em execução por força do Decreto nº 592/92, e artigo 8, 2, “g”, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto nº 678/92. No plano legal, desde a edição da Lei 10.792/03, o direito ao silêncio foi incorporado ao Código de Processo Penal vigente. Atualmente, tanto o direito ao silêncio, quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis ao interrogatório policial e à ação penal, esteja o investigado ou acusado preso ou solto, consoante o art. 6º, V, e art. 186, da lei processual penal pátria. Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o direito da parte de não produzir prova contra si própria, nos moldes do seu art. 379. Desse modo, infere-se que, se executada a condução coercitiva, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do direito a calar-se e respeitar seu exercício. O conduzido também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/94), reforçando a qualidade da decisão como estratégia defensiva. Vale ressaltar que o direito ao silêncio é um direito, não um dever. A Constituição Federal assegura a livre manifestação, inclusive a investigados e presos - art. 5º, IV e XLIX. O direito constitucional ao direito ao silêncio só faz sentido porque o investigado pode optar por falar, pois, suas declarações têm valor. Contudo, cabe à defesa decidir por falar sobre as imputações penais ou, então, se manter calado em relação a elas, sem que sofra violação ao seu direito à não autoincriminação.

No que diz respeito à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa, tem-se que a condução coercitiva, em fase de investigação, representa uma iniciativa indevida. Além disso, seria uma atuação que desequilibra acusação e defesa, intervindo no princípio da paridade de armas, decorrência da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF). Por fim, seria medida que impediria o exercício do direito efetivo de defesa pelo imputado. Na fase de investigação, o juiz atua como garantidor de liberdades. É do sistema constitucional que algumas medidas sejam requeridas a um magistrado, mesmo antes da instauração da relação processual. Várias dessas medidas são expressamente mencionadas na Constituição Federal por exemplo, busca domiciliar (art. 5º, XI, CF), interceptação telefônica (art. 5º, XII, CF), prisão (art. 5º, LXI, CF). A imparcialidade não é violada pela atuação do juiz. Pelo contrário, é a imparcialidade do magistrado que garante a liberdade contra intromissões indevidas. Ao deferir uma medida interventiva, o juiz está aplicando a lei. Não há nisso violação ao equilíbrio das partes na relação processual. Todavia, a par dessas considerações, o argumento da violação à paridade de armas não deixou de merecer a devida atenção. Os princípios da ampla defesa e do contraditório devem se impor quando há, ainda que em fase

de inquérito policial,⁴³ aplicação de medidas drásticas que restringem direitos fundamentais, como a condução coercitiva. Enquanto as autoridades têm amplo e profundo conhecimento da prova já produzida, na maioria das vezes, o defensor do investigado toma conhecimento dos fatos imputados e do conteúdo probatório apenas no dia da condução coercitiva, relegando a atividade defensiva apenas à observância das formalidades do próprio ato.⁴⁴

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária majoritária, pronunciou a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260, da lei processual penal vigente, declarando a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Na ótica daquela corte constitucional, direitos individuais de caráter penal e processual penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito e merecem a devida tutela garantista.⁴⁵

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento garantista de Luigi Ferrajoli promove a reconstrução do positivismo jurídico em uma teoria coerente com a necessidade de um controle não apenas formal, mas também material da normatividade, enquanto expressão do próprio Estado Constitucional de Direito, ainda que atrelado à positivação

43 É bem verdade que a matéria é controvertida, no que diz respeito à aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa à investigação criminal. A doutrina e a jurisprudência dominantes entendem ser inaplicável a garantia do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, uma vez que se não tem aqui um processo compreendido como instrumento destinado a decidir litígio. Tal orientação não impede, porém, que se reconheça a o direito do advogado do investigado a ter acesso aos autos antes da data designada para o seu interrogatório, com fundamento na norma constitucional em que se assegura o direito de assistência de advogado (art. 5º, LXIII, CF). Nesse particular, no âmbito dos inquéritos policiais e inquéritos judiciais originários, a jurisprudência do Supremo Tribunal tem caminhado no sentido de garantir, a um só tempo, a incolumidade do direito constitucional de defesa do investigado ou indiciado na regular apuração de fatos. Note-se, ainda, que a classificação do procedimento como sigiloso não afasta a plena acessibilidade do defensor. Depois de várias decisões para garantir o acesso aos autos do inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentadas em procedimento investigatório realizado por órgãos com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Orientação mais extensiva é defendida por aqueles que entendem a necessidade da aplicação do princípio do contraditório em todo o período da persecução penal, inclusive na investigação, visando, assim, dar maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa, não obstante este ainda seja um entendimento minoritário na doutrina.

44 A Constituição de 1988 (art. 5º, LV, CF) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e, em geral, aos acusados, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. No curso do inquérito policial, o direito à ampla defesa não pode ficar restrito, essencialmente, ao direito à assistência de advogado (art. 5º, LXIII, CF), devendo-se oportunizar ao defensor, antes de ouvir o investigado, ter ciência da imputação e das provas já produzidas contra seu cliente. É a interpretação que se confere à súmula vinculante 14 do STF. Convém registrar que alteração legislativa de 2016 passou a prever como direito de o advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, introduzido pela Lei 13.245/16. Todavia, tal medida é insuficiente, devendo ser aplicada, em sua integralidade, a razão de decidir da súmula vinculante 14 do STF, garantido pelo direito à assistência do advogado, associado ao direito ao silêncio.

45 Cabe assinalar que a Corte Maior do Poder Judiciário publicou seu acórdão em 22 de maio de 2019 e, no mesmo ano, em 05 de setembro, após aprovação do Congresso Nacional, foi sancionada pela Presidência da República o instituto normativo que define os crimes de abuso de autoridade no país, com vigência a partir de 03 de janeiro de 2020 - vacância da lei (*vacatio legis*) -, e, dentre eles, há uma imputação criminal específica para a decretação de condução de coercitiva manifestamente descabida ou sem prévia notificação de comparecimento ao juízo (art. 10, Lei nº 13.869/19).

da Constituição. Sua teoria garantista revela a necessidade real de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que ela, não raras vezes, mostra sua insuficiência diante estrutura de organização e atuação estatais, seja pela falta de normas infraconstitucionais imprescindíveis, seja pela ausência de sanções em caso de descumprimento de normas, o que propõe seja resolvido pela instituição de garantias. A separação entre ponto de vista interno e externo, através da Constituição enquanto carta de direitos fundamentais, e a possibilidade de realização de um controle deontológico interno, bem como a instituição de garantias como mecanismo de realização do Estado Democrático de Direito e da democracia substancial, por meio dos preceitos constitucionais materiais, são faces imponentes de um novo positivismo, o chamado positivismo crítico.

Esse positivismo crítico é matriz do constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantista, do qual Luigi Ferrajoli é protagonista, com seu tríplice significado, ou seja, como modelo de sistema jurídico, como teoria jurídica e como filosofia política. Esse modelo apresenta objeções ao denominado constitucionalismo não positivista e principialista, o qual está marcado, na visão de Luigi Ferrajoli, por alguns equívocos incontornáveis, quais sejam, estabelece uma conexão excessiva entre Direito e Moral, apresenta uma contraposição e uma distinção qualitativa entre regras e princípios e, ainda, favorece um ativismo judicial, enfraquecendo a sujeição dos julgadores à lei e à certeza do direito, o que acarreta debilidade às fontes de legitimação da jurisdição.

Os reflexos não apenas teóricos, mas também práticos das ideias do constitucionalismo juspositivista-crítico ou garantistas podem ser vislumbrados são na persecução criminal deflagrada, na sociedade contemporânea, em relação às mais diversas imputações penais incidentes sobre os indivíduos. No país, mais especificamente, rememore-se a questão da condução coercitiva de investigados ou acusados para interrogatório. Ela envolveu o tema dos direitos fundamentais e a necessidade de sua tutela, diante de possíveis violações à presunção de não culpabilidade, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de locomoção, à não autoincriminação, à imparcialidade, à paridade de armas e à ampla defesa. O Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária majoritária, pronunciou a não recepção constitucional da condução coercitiva de investigados ou de acusados para interrogatório, tendo considerado que direitos individuais de caráter penal e processual penal exercem um papel fundamental na consolidação do Estado Democrático de Direito. O Poder Legislativo não tardou em aprovar lei, sancionada pelo Poder Executivo, que incrimina como abuso de autoridade a decretação de conduções coercitivas manifestamente infundadas ou sem prévia notificação para comparecimento de investigados ou acusados, independentemente do tipo de imputação penal incidente sobre eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do modelo**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019. 528 p.

BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 7-12.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996**. Altera os arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9271.htm. Acesso em: 13. Jul. 2003.

BRASIL. **Lei nº 10.792**, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 13 de jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 13 jul.2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli/.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023. p. 95-113.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: ROSA, Alexandre Morais da [et al.]. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et. al. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. 1596 p.

VIGO, Rodolfo L. **El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2019. 247 p.

INTERSECÇÕES ENTRE NEOLIBERALISMO E NEOCONSERVADORISMO: O APROFUNDAMENTO DA RACIONALIDADE PUNITIVA LEGISLATIVA BRASILEIRA

MARIANA GOULART¹

1. INTRODUÇÃO

O neoliberalismo juntamente com o neoconservadorismo produz o processo chamado por Wendy Brown de desdemocratização (BROWN, 2006). Processo este calcado pelo dismantelamento do social e político, aliado à expansão de ideias morais para o debate público e a produção de um sujeito ressentido (BROWN, 2019).

Produzem um determinado tipo de sujeito e modo de vida com base no ideal privatista, familista e individualista. É um sujeito sem valores, ressentido que na incompreensão daquilo que lhe aprisiona, o repreende por meio da branquitude e da masculinidade. As pessoas se enxergam enquanto atores econômicos e membros de uma família. Jogados a própria sorte, buscam o seu próprio interesse e desejam manter os seus valores e crenças em nome de uma pseudoliberalidade individual. O significado de sociedade e política comum são cooptados e as marcas de uma sociedade atravessada por gênero, raça e classe são negligenciadas.

Com base nessas premissas iniciais o presente ensaio tem como objetivo a analisar como o neoliberalismo e a neoconservadorismo aprofundam determinada racionalidade² punitiva no campo legislativo brasileiro.

Para alcançar esse objetivo o escrito será dividido em duas partes. Em um primeiro momento analisar-se-á a intersecção entre o neoliberalismo e o neoconservadorismo e, posteriormente, as implicações dessas intersecções no campo legislativo na construção de rigor penal o qual se entrelaça com uma moralidade familista e (re)produtiva.

1 Doutoranda em Ciências Criminais. Mestra em Direito PUCRS. Bolsista Capes. Advogada Criminalista. E-mail: goulart-mariana19@gmail.com

2 Entende-se, como racionalidade, o “programa e orienta o conjunto da conduta humana” (FOUCAULT, 2006, p. 319)

2. NEOLIBERALISMO E NEOCONSERVADORISMO

O neoliberalismo produz práticas, pensamentos e ações em que a lógica do capital é estendida para as todas as relações. Tudo passa a ser monetizado. Cálculo, investimento, risco, utilidade – palavras comuns ao mercado, próprias de um raciocínio individual e competitivo integram o vocabulário da vida dos sujeitos para interpretar todo e qualquer assunto. A economia se torna a “grade de inteligibilidade” (FOUCAULT, 2008, p.334) dos fenômenos sociais e dos comportamentos individuais como abordará Michel Foucault em 1979 no curso “Nascimento da Biopolítica”

Não se trata de uma mera complementação ao liberalismo, é uma nova razão, cuja liberdade de mercado é o princípio, meio e fim do Estado. Um dos diagnósticos do filósofo francês foi apontar que, diferentemente do liberalismo, o neoliberalismo – e aqui conjugando os dois modelos - não terão como norte o *laissez-faire*, mas sim a vigilância; a intervenção permanente para que as regras do mercado prevaleçam e não ajam de forma livre, desimpedida e natural. Enquanto a preocupação do liberalismo entre os séculos XVIII e XIX era precisar as áreas de intervenção/atuação estatal – “demarcação das *agenda/non agenda*” (FOUCAULT, 2008, p. 184), a do neoliberalismo é saber **como** atuar, como fazer, o estilo governamental. (FOUCAULT, 2008a, p. 184).

Há uma mudança de perspectiva. Manejar as ações estatais com base nos princípios mercadológicos. Esses se pautam na concorrência, explica Foucault ao se debruçar sobre especificidades do neoliberalismo alemão. A concorrência, diferente da troca, não é natural; possui uma lógica interna a ser respeitada. É um “jogo formal entre desigualdades” (FOUCAULT, 2008a, p. 163) que só produzirá seus efeitos se for cuidadosamente preparado e articulado.

A intervenção do mercado se dá em cada aspecto da vida social – “em sua trama e em sua espessura” (FOUCAULT, 2008a, p. 199) para que os mecanismos da concorrência possam ser viabilizados. A concorrência desempenha um papel regulador da sociedade. Não é um governo econômico, explica Foucault, é um governo de sociedade que deve observar as leis econômicas (FOUCAULT, 2008, p. 199)

A dinâmica concorrencial se dá pelo modelo empresarial. O *homo oeconomicus* “que se quer reconstituir não é o homem da troca, não é o homem consumidor, é homem da empresa e da produção” (FOUCAULT, 2008a, p. 201). A troca e as relações mercantis que agem naturalmente e sem intervenção são substituídas pelo modelo empresarial competitivo, vigilante e desigual. Mais uma diferença com o liberalismo e as políticas de *laissez-faire*.

O direito possui um papel fundamental na perpetuação desse modelo, por meio de uma legislação formal, deixando especificado o que se pode fazer e o que não se pode fazer, de forma generalista, nunca com um fim específico. Além disso, as regras devem ser fixas e nunca corrigidas por conta de seus efeitos, pois há de ser definida “uma moldura dentro da qual cada um dos agentes econômicos poderá decidir com toda liberdade, na medida em que, justamente, cada agente saberá exatamente como o poder público se comportará” (FOUCAULT, 2008, p. 237). A economia será o jogo a ser jogado e o direito e as instituições jurídicas desenharão as regras desse jogo econômico.

E, diante desse contexto, a teoria do capital humano será fundamental para assentar a economia como “grade de inteligibilidade” em todos aspectos da vida. É a “possibilidade de reinterpretar em termos econômicos e em termos estritamente econômico todo um campo que, até então, podia ser considerado, e era de fato considerado não econômico” (FOUCAULT, 2008a, p. 302). É a ampliação da racionalidade de mercado para todos os níveis da existência.

O sujeito deixa de ser o parceiro de troca para ser um empresário; um empresário de si mesmo. Torna-se o seu próprio capital, produtor e fonte de renda (FOUCAULT, 2008a, p.311) A necessidade e utilidade não bastam. Será preciso satisfação pessoal em suas relações para que possa competir consigo e com os outros. Por conta desse cenário, responderá por estímulos externos, adaptando-se ao contexto em busca do melhor para si.

Nesse sentido, o salário deixa de ser a venda da força de trabalho para se tornar investimento de capital humano. Trabalha-se para ter um salário e investir em si mesmo. O salário será indissociável de quem o detém, pois, a aptidão, a competência necessária para receber o salário é constitutiva do sujeito. O sujeito se torna uma máquina produtiva suscetível às marcas do tempo, razão pela qual o seu salário oscilará durante a vida.

O sujeito se transforma em empresa, investindo em si a cada momento, em seu próprio capital humano, capital competência (FOUCAULT, 2008a, p. 310). O capital humano é composto por elementos inatos e adquiridos. Quanto aos elementos inatos Foucault traz o exemplo da constituição da família e da criação dos filhos. Para que o capital humano de uma criança seja elevado necessário conhecer alguém do mesmo patamar ou tão bom quanto, formar uma família e assim concebê-lo. Isso significa, explica Foucault, que o sujeito precisa realizar investimento em si, e ter uma renda satisfatória para adquirir uma condição social que permitirá conhecer alguém do mesmo círculo. A genética, portanto, é colocada em termos de “constituição, de crescimento, de acumulação e de melhoria de capital humano” (FOUCAULT, 2008, p. 314).

Para o neoliberalismo americano a reprodução assim como todo comportamento humano se insere em uma problemática econômica. Importante dentro dessa dinâmica formar espécies enquanto competência-máquina, produtores de renda. Por esse motivo os elementos inatos não bastam; os elementos de produção do capital humano devem ser adquiridos ao longo da vida, com base no tempo despendido para criação, o nível de cultura, os cuidados médicos e o investimento educacional. Tudo isso deve ser calculado e otimizado ao longo da vida para se obter o melhor capital humano possível (FOUCAULT, 2008, p. 312-316). Há negociações, investimentos em tempo, dinheiro, concessões a serem realizadas dentro de uma dinâmica familiar.

Há uma generalização da forma empresa para todos os âmbitos da vida, ou seja, “o modelo econômico, o modelo oferta e procura, o modelo investimento-custo-lucro, para dele fazer um modelo das relações sociais, um modelo da existência, uma forma de relação do indivíduo consigo mesmo, com o tempo, com o seu círculo, com o futuro, com o grupo, com a família” (FOUCAULT, 2008a, p. 332). O que era de objeto da análise da sociologia, da psicologia, da demografia passa a ser objeto da economia, pois o comportamento humano é o objeto da economia, sobretudo da microeconomia (HEINEN, 2016).

A grade econômica além de interpretar os comportamentos humanos também irá testar a ação governamental, explica Foucault (2008a, p. 337). O mercado se o “tribunal econômico em face do governo” (FOUCAULT, 2008, p. 339), criticando-o, vigiando os seus passos, apontando contradições e inconsistências para que o mercado prevaleça sempre. A economia como grade de inteligibilidade para interpretar os comportamentos humanos e aferir as práticas governamentais se encontram quando os neoliberais analisam a criminalidade e o Sistema de Justiça Criminal (FOUCAULT, 2008a, p. 339). Gary Becker parte do *homo oeconomicus* para interpretar o sentido de crime. Ao invés de ser uma conduta prevista em lei se torna “toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena” (FOUCAULT, 2008a, p. 344). A pessoa investe em uma ação (crime) buscando o lucro (econômico ou não econômico) e assume os riscos dos efeitos dessa ação (condenação).

A punição, nesse sentido, serviria como mecanismo de limitação da demanda criada pelo crime e pela criminalidade (mercado) (FOUCAULT, 2008a, p. 344-346). O raciocínio desenvolvido por Gary Becker no campo da punição é um exemplo da aplicação do aparato econômico para interpretar todo e qualquer comportamento humano.

O neoliberalismo produziu novos comportamentos, novas formas de viver e, sobretudo, novas formas de interpretar a realidade. Competimos uns com os outros, vivemos com base nas regras concorrência e priorizamos as relações indi-

viduais em detrimentos dos laços coletivos. Tanto como forma de governo quanto produtor de subjetividade o neoliberalismo é dominante e difuso, catalisando novas formas de exercício do poder e produzindo efeitos.

O sujeito incorpora a ética empresarial em todos os domínios e relações existentes. A empresa se transforma em percurso educativo para obter desempenho máximo em todas as áreas da vida. Além disso, deve realizar escolhas estratégicas ao longo de sua trajetória:

a racionalidade neoliberal produz o sujeito de que necessita ordenando os meios de governa-lo para que ele se conduza realmente como uma entidade em competição e que, por isso, deve maximizar seus resultados, expondo-se a riscos e assumindo inteira responsabilidade por eventuais fracassos. (DARDOT; LAVAL, 2016, p.321).

Nesse viés, por ser exclusivamente responsável por si e por todas as suas decisões, suporta os revezes e as condições que lhe são impostas em sociedade. São eficazes, inteiramente envolvidos no trabalho, flexíveis às mudanças do mercado (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 330). Trata-se, portanto de um sujeito:

competente e competitivo, que procura maximizar seu capital humano em todos os campos, que não procura apenas projetar-se no futuro e calcular ganhos e custos como o velho homem econômico, mas que procura, sobretudo trabalhar a si mesmo com intuito de transformar-se continuamente, aprimorar-se, tornar-se sempre mais eficaz (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 333).

A vida pessoal e a vida profissional não são mais separadas. A relação com o tempo e a organização das atividades são alteradas pois já não são mais regidas pelo contrato de trabalho e sim por projetos. Não somente o trabalho – visto como fluxo de renda – mas todo e qualquer aspecto da vida é lido em termos empresariais; lazer, estudo e o próprio consumo são investimentos (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 336). Por isso é comum ver na atualidade ferramentas que potencializem o seu desempenho como as técnicas de coaching, programação neurolinguística e análise transacional (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 339). Eventuais “bloqueios, debilidades, erros devem ser removidos terapeuticamente para melhorar a eficiência e o desempenho” (HAN, 2018, p. 45).

Não somente os programas acima indicados são suficientes; indispensável a produção de um sujeito responsável para que seja vencedor e bem-sucedido. Somente alguém responsável e vigilante consegue ir além e transcender a si mesmo (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 356). Há um trabalho permanente em que não há espaço para a negatividade, conformismo, fracassos e dor, razão pela qual se vê tantas pessoas doentes mentalmente, sobretudo com a depressão ou *bornout* dado o esgotamento em busca de uma vida “perfeita”, positiva e eficiente (HAN, 2018, p. 46).

Enquanto racionalidade empreendedora e competitiva, o neoliberalismo afeta todos os aspectos da existência. A mentalidade individual organiza pensamentos e ações desassociadas ao coletivo. Não há problematização a respeito

das estruturas que organizam a sociedade e muito menos das desigualdades produzidas. Como consequência, tem-se uma falsa ideia de controle e construção de “uma narrativa pessoal que evita considerar aspectos complexos” (PINZANI, 2016, p.373) já que a trajetória individual é ponto de partida para pensar o mundo e os problemas inerentes à vida do sujeito. (PINZANI, 2016).

Sendo assim é o único responsável por sua vida e por todas as decisões que fará. Percebe-se que há uma exploração de forma voluntária e apaixonada (HAN, 2018, p. 44), tomando “a pessoa por completo, a atenção total, e até a própria vida”. (HAN, 2018, p. 45). Por serem governados e autogovernados pelo desempenho e pelo individualismo, ficam vulneráveis e suscetíveis a fazer sacrifícios para a manutenção da sua existência. (BROWN, 2016). –

Ao funcionar como empresa e ser responsável pela sua sorte, estão sempre em auto negociação assim como projetando suas futuras escolhas: “será que eu trabalho ou saio de férias? Será que eu ligo o telefone e me torno disponível a toda solicitação ou corto a comunicação e me torno indisponível?” (LAZZARATO, 2017, p. 175). Além de concorrer com outros, concorre consigo mesmo de forma constante e ininterrupta para que o seu desempenho seja o melhor possível. Torna-se, portanto, uma nova forma de subjetividade e controle que parte do próprio sujeito: (LAZZARATO, 2017, p. 175)

No entanto, as falsas promessas de liberdade individual e auto realização se defrontam com a realidade de uma sociedade profundamente desigual. Importante destacar que para os teóricos neoliberais, como explica Wendy Brown no livro *Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente* a sociedade deveria ser desmantelada assim como a política destronada (BROWN, 2019a).

Wendy Brown ao estudar as formulações de Friedrich Hayek, aponta que, para o autor, a verdadeira natureza da justiça se encontra no desenvolvimento espontâneo da sociedade alinhado aos preceitos do mercado e da moral. Tudo que está relacionado ao ideal de sociedade e justiça social obstrui as tradições e as liberdades individuais, as quais foram formadas pelo desenvolvimento espontâneo da civilização. O controle estatal movido pela justiça social seria opressivo e não promoveria a liberdade dos indivíduos. Somente quando disciplinada pela competição a liberdade encontraria sua forma genuína, inteligente e secular, razão pela qual a sociedade deve ser desmantelada. (BROWN, 2019a, p. 48).

Esse processo seria realizado de forma política, por meio das privatizações; legalmente, ao reivindicar a liberdade e os direitos individuais; de maneira ética por contestar os valores de justiça social e substituí-los pelos valores tradicionais; e, por último, culturalmente, ao promover processos de desmassificação na ten-

tativa de substituir os movimentos e ações coletivos pelos de empreendedorização e auto provisão familiar (BROWN, 2019a, p. 49).

Percebe-se que a racionalidade neoliberal promove um ataque ao social - não somente à sua existência, mas o seu ideal de justiça material, salvo para defender os interesses privados e as liberdades individuais despreocupadas “com o cultivo político de um bem comum” (BROWN, 2019a, p. 57). Além dos discursos de culpabilização e naturalização das condições de pobreza destrói o léxico democrático e coletivo:

A redução da liberdade à licença pessoal não regulada no contexto de repúdio ao social e do desmantelamento da sociedade faz ainda outra coisa: consagra como livre expressão todo sentimento histórica e politicamente gerado de arrogação (perdida) baseada na branquitude, masculinidade ou nativismo, enquanto nega que estes sejam produzidos socialmente, desatrelando-os de qualquer conexão com a consciência, compromisso ou consequências sociais. (BROWN, 2019a, p. 58)

A soberania popular e a política também são contestadas, por serem incompatíveis com a liberdade e o desenvolvimento espontâneo da sociedade, sem interferências externas. Assim, a política deveria ser destronada para que a democracia fosse desorientada e a burocracia exaurida (BROWN, 2019a, 77). O Estado dentro dos ditames neoliberais deveria ser “enxuto, não soberano e militarmente focado, isolado de interesses particulares, de pactos pluralistas e de demandas das massas” (BROWN, 2019a, p. 77).

Nesse contexto, os poderes políticos são contidos por métricas econômicas e mercadológicas, o que esvazia o solo democrático. Porém, como aponta Wendy Brown, a única versão democrática possível é àquela “apartada da liberdade política, da igualdade política, do compartilhamento de poder entre cidadãos, da legislação voltada para o bem comum, das culturas de participação e de qualquer noção de interesse público que vá além da proteção às liberdades e à segurança individuais”. (BROWN. 2019a, p. 77)

O desmantelamento da sociedade e o destronamento da política somente ocorreriam com a expansão da “esfera pessoal protegida”, própria do espaço privado e dos valores tradicionais morais ao espaço público, espaço este forjado em termos democráticos. Essa expansão, para Wendy Brown, representa uma segunda espécie de privatização em que o espaço público além de ser economizado é também familiarizado (BROWN, 2019b)

Os “princípios e práticas de igualdade e antidiscriminação” (BROWN, 2019b, p.27) são objetados por valores familiares e exigências morais, sobretudo religiosas e heteropatriarcais. Blindado por um discurso de liberdade individual, a extensão da “esfera pessoal, protegida” é capaz de desenvolver “um novo *ethos* da nação, um *ethos* que substitui um imaginário nacional democrático secular por um *ethos* privado, homogêneo e familiar”. (BROWN, 2019b, p.28).

Para Hayek, como mostra Wendy Brown, a liberdade além de ser limitada é também constituída pela tradição. Por ser orientada pelo mercado a tradição se desenvolve sem coação ou projeção anterior (BROWN, 2019a, p. 123), ou seja, de forma natural e espontânea. Porém, a tradição, está muito longe de ser um dado da natureza, pelo contrário reside “nas ordenações e estratificações geradas pelas relações de propriedade, parentesco, casta, raça, gênero, sexualidade e idade”. (BROWN, 2019a, p. 148).

A privatização de ordem moral possibilita a propagação de valores antidemocráticos ao colocar em evidência os valores familistas heteropatriarcais, assim como os de cunho religioso em detrimento dos valores seculares, com respeito às diversidades e ao coletivo. Requer para a sua consolidação uso tático do Estado, por meio de leis e outros instrumentos de policiamento:

Os direitos são estrategicamente colocados em um campo, diferentemente de sua ligação original com os indivíduos, para algum outro uso – para corporações, para a propriedade, para o capital, para as famílias, para as igrejas, para os brancos. A privatização econômica e familiar do público, combinada com a denegação neoliberal do social, constituem juntas o ataque da ala direita à “justiça social” como sendo tirânica ou fascista. (BROWN, 2019b, p.29)

Além disso, potencializa sentimento de culpa, medo, frustração e ressentimento “já que as promessas de realização de si, de liberdade e de autonomia se voltam contra uma realidade que as nega sistematicamente” (LAZZARATO, 2017, p. 175). As consequências de um cenário competitivo e de alto desempenho são neutralizadas por uma mentalidade individual em que o sujeito além de se culpar pelo fracasso, critica políticas e programas sociais, dado o processo de privatização moral que substitui a justiça social e as políticas coletivas por uma ordem mercadológica e tradicionalista (BROWN, 2019a, p.195)

Torna-se um sujeito sem projeto, sem valores, transformando a sua frustração em ressentimento pois, “em sua incapacidade de criar o mundo, o repreende” (BROWN, 2019a, p. 215) e o culpa para anestesiar o que sente. O ressentimento aparece em determinadas pessoas quando os seus privilégios são supostamente afetados por políticas neoliberais produtoras de desigualdades. Tais privilégios se referem à branquitude e à masculinidade que fornecem “proteção limitada contra os deslocamentos e perdas que quarenta anos de neoliberalismo produziram nas classes trabalhadoras e médias” (BROWN, 2019a, p. 215).

Importante pontuar que tais privilégios, longe de serem afetados, são incólumes dentro da racionalidade neoliberal, porém, o ressentimento além de mascarar a realidade produz “uma política permanente da vingança, do ataque àqueles culpados por destronar a masculinidade branca – feministas, multiculturalistas, globalistas, que tanto os destituem quando desdenham deles”. (BROWN, 2019a, p. 217). Não é à toa que movimentos sociais que justamente criticam a raciona-

lidade mercadológica, individualista e competitiva neoliberal são atacados, como por exemplo, o feminismo que problematiza a empreendedorização da vida.³

Com base nas impressões de Wendy Brown sobre o trabalho de Hayek, percebe-se que o neoliberalismo também possui uma vertente moral, não somente econômica, as quais juntas produzem efeitos para o campo democrático e também na forma de interpretar a realidade. Há um individualismo exacerbado em que as pessoas se enxergam enquanto atores econômicos e membros de uma família. Buscam o seu próprio bem e desejam manter os seus valores e crenças, pois o significado de sociedade e política comum vai se deteriorando. As marcas de uma sociedade atravessada por gênero, raça e classe são negadas pela racionalidade política do neoliberalismo.

Negar a inexistência de relações de poder e as hierarquizações da vida, como demonstrou Wendy Brown (2019a), faz parte do projeto intelectual dos pensadores neoliberais, sobretudo de Hayek, que enxergava o “social” como algo “totalitário” que levaria as pessoas ao “Caminho da Servidão”⁴. Demonizou-se a intervenção estatal no campo da justiça social pois nada poderia interferir na “ordem moral espontânea” regida pelo mercado e pela tradição. A expansão da “esfera pessoal, protegida” coloca a moralidade como a diretriz “evolutiva” da sociedade e, caso ocorrer qualquer interferência, a liberdade será afetada.

Como Veronica Gago aponta, além de proliferar novos modos de vida e reorganizar noções de liberdade, cálculo e obediência, o neoliberalismo possui a capacidade de se combinar com outras racionalidades por ser “mutação ao mesmo tempo subjetiva e estrutural, orgânica e difusa” (GAGO, 2018, 24). Não se estranha, portanto, a sua intersecção com o neoconservadorismo (BROWN, 2006)

Embora Wendy Brown tenha identificado uma dimensão moralizadora no projeto teórico neoliberal de Frederick Hayek, sobretudo com a familiarização do espaço público,, a autora, ao analisar o processo de desdemocratização ocasionada pelo neoliberalismo e neoconservadorismo no contexto estadunidense pós 11/09, identifica o primeiro enquanto racionalidade política de mercado e modelo de negócio para o Estado e o segundo, por sua vez, racionalidade moral, cujo Estado incorpora o modelo teológico. (BROWN, 2006).

3 Como explica Angela Davis (2018), o movimento feminista não se traduz em apenas em pautas igualitárias e de equidade de gênero; é muito mais que isso, deve envolver em seu repertório prático-teórico uma consciência ampla sobre o capitalismo, racismo, colonialismo assim como às pessoas com deficiências e às pluralidades de experiências relacionadas à sexualidade. O Feminismo produz uma imagem antagonica ao corpo neoliberal, individualizante e proprietário (GAGO, 2020)

4 Obra de Friedrich Hayek publicada em 1944 mencionada por Wendy Brown.

Enquanto a racionalidade política do neoliberalismo se traduz em vencedores e perdedores baseados na capacidade empreendedora, a racionalidade política do neoconservadorismo se baseia na manutenção dos valores morais e familiares heteropatriarcais. Para a autora, a racionalidade política neoliberal preparou o terreno para que ideias e práticas políticas profundamente antidemocráticas se enraizassem na cultura e no sujeito. O neoconservadorismo costurado no solo preparado pelo neoliberalismo gera uma nova forma política, uma modalidade específica de governança e cidadania (BROWN, 2006)

As racionalidades neoliberais e neoconservadoras, juntamente com o elemento religioso irão produzir um processo de desdemocratização: esvaziamento da cultura política democrática e a produção do cidadão não democrático (BROWN, 2006). Modela um cidadão alheio aos princípios democráticos que pouco se importa com a redução dos direitos sociais e as respostas autoritárias (BROWN, 2006). Consequentemente, produz-se o esvaziamento da cultura política democrática por minar a autonomia deliberativa e dessacralizar os direitos fundamentais (BROWN, 2006). O movimento desdemocratizante do neoliberalismo juntamente com o neoconservadorismo reduz as fronteiras entre cultura religiosa e cultura política; entre discurso teológico e discurso político (BROWN, 2006).

Segundo Wendy Brown (2006), nos Estados Unidos, o neoconservadorismo aparece como resposta à erosão da moralidade fomentada pelo contexto neoliberal, pois ao exaurir as políticas de infraestrutura e reduzir a renda do salário, interferiu nas relações sexuais do trabalho e desestabilizou as hierarquias pautadas nos papéis de gênero e todas as relações sociais provenientes dessa estrutura. (BROWN, 2006).

Assim, a moralidade e a sua rigidez vêm para reafirmar um papel suspostamente perdido:

O neoliberalismo transforma [...] problemas coletivos em problemas individuais com soluções de mercado e defende o estatismo no modelo de empresa, em que normas democráticas são substituídas por critérios de eficiência e lucro. O neoconservadorismo, em compensação, prepara o terreno para as características autoritárias da governança neoliberal, porque o discurso político religioso permite [...] mobilizar uma cidadania submissa. (LACERDA, 2019, p. 51)

Enquanto racionalidade, o neoconservadorismo irá organizar as ações governamentais, conduzir a população e os sujeitos e, sobretudo, definir os critérios de inteligibilidade dos domínios da vida. Em termos políticos está longe de ser um movimento homogêneo; intelectuais e anti-intelectuais, judeus seculares, cristãos evangélicos, homens brancos ressentidos formam esse grupo com visões e interesses distintos (BROWN, 2006).

Marina Basso Lacerda traz outra definição de neoconservadorismo que auxilia compreender a configuração dessa racionalidade

O neoconservadorismo é um movimento político que forjou um ideário privatista (defende o predomínio do poder privado da Família e das corporações), antilibertário (a favor da interferência pública em aspectos da vida pessoal, neoliberal (contra a intervenção do Estado para a redução de desigualdades), conservador (articula-se em reação ao Estado de bem estar, ao movimento feminista e LGBT) e de direita (se opõe a movimentos reivindicatórios que buscam maior igualdade de direitos). (LACERDA, 2019, p. 59)

Os grupos que compõem a agenda neoconservadora são grupos de extrema direita, militares e empresários (BIROLI; MACHADO; VAGGIONE, 2020). Quanto a ala religiosa dos grupos neoconservadores existe uma integração entre atores católicos e evangélicos. Ambos defendem a vida desde a concepção e são contrários às experiências de homoafetividade, porém, há ênfases diferenciadas em cada pauta defendida:

O neoconservadorismo católico é inflexível quanto à questão do aborto, uma vez que não há, dessa perspectiva moral, possibilidade e exceções a sua criminalização. O catecismo da Igreja afirma que “a vida humana deve ser respeitada e protegida absolutamente desde o momento da concepção” e considera o aborto “seriamente contrário à lei moral”. Quanto à homossexualidade, embora considere um ato intrinsecamente desordenado”, a Igreja sustenta que homossexuais “devem ser colhidos com respeito, compaixão e delicadeza”. Dessa maneira, os setores neoconservadores católicos tendem a ser mais tolerantes em questões relacionadas à homossexualidade – desde que o casamento seja exclusivo de casais heterossexuais – do que em relação ao aborto, cuja criminalização não permite exceções. (BIROLI; MACHADO; VAGGIONE, 2020, p. 29)

A permissão do aborto “é incompatível com a forma de viver cristã” (ROCHA, 2020, p. 67). Essa forma de viver⁵ tem como moldura a “manutenção da família heterossexual monogâmica concebida a partir de um ordenamento conservador da sociedade” (ROCHA, 2020, p. 67). Tal forma de vida católica condena a “atividade sexual que não possua fins exclusivamente procriativos; o uso de contraceptivos; a realização de procedimentos definitivos de esterilização voluntária” (ROCHA, 2020, p. 67) e pesquisas científicas que utilizem células troncos.

Já os evangélicos⁶ condenam com maior expressividade as experiências homoafetivas⁷. Alguns grupos “adoram práticas de exorcismo para combater ou criam centros com o propósito de oferecer acompanhamento espiritual e aju-

5 As formas de viver católicas estão em disputa. As Católicas pelo direito de decidir é um exemplo que as experiências de religiosidade não são homogêneas. É um movimento político internacional que tem como propósito problematizar leis eclesiais da instituição Católica relacionadas ao aborto e aos direitos sexuais e reprodutivos de uma maneira geral.

6 Segundo Maria das Dores Campos Machado no artigo “Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010”, Edir Macedo, Bispo evangélico, fundador da Igreja Universal do Reino de Deus e proprietário do Grupo Record tem uma posição mais liberal ao aborto. Esse posicionamento ajudou a aproximação com o núcleo petista e as alianças que fizera durante o período eleitoral. O líder religioso foi “uma peça importante no tabuleiro de xadrez da competição, não só pelos votos evangélicos que no primeiro turno das eleições presidenciais teriam sido direcionados à Marina Silva, mas também para estancar a campanha contra a Dilma entre os pentecostais”. (MACHADO, 2012, p.31)

7 Segundo, Juliano Spyer, “em relação ao tema da homoafetividade, a maioria das igrejas cristãs ainda rejeita o casamento gay e a ordenação de pastores homossexuais por verem isso como sendo incompatível com os ensinamentos bíblicos, mas essa perspectiva vem mudando, particularmente nos contextos mais urbanos e escolarizados. Por causa dessa mudança de perspectiva, a partir da segunda metade do século 20, diversas denominações protestantes históricas, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, se abriram para a ordenação não apenas de pastoras, mas de pessoas da comunidade LGBT” (SPYER, 2020, p.136)

da de terapeutas cristãos àqueles que não se enquadram na heteronormatividade” (BIROLI; MACHADO; VAGGIONE, 2020, p. 29). Há também oposições “às iniciativas legislativas e judiciárias a favor das minorias sexuais, em especial aquelas iniciativas que valorizam os laços afetivos na composição das famílias, criminalizam a homofobia e estendem o direito de adoção a casais do mesmo sexo” (BIROLI; MACHADO; VAGGIONE, 2020, p. 29).

Convergem o neoconservadorismo e o neoliberalismo com a mobilização da família, pois, em uma sociedade neoliberal, é indispensável produzir famílias funcionais por conta dos processos de privatização e mercantilização da vida. A mobilização política em torno da família é uma necessidade por conta da precarização dos serviços públicos e redução do cuidado por parte do Estado. A família vem substituir aquilo que seria função social do Estado na manutenção do sujeito. Por isso que o discurso “de que as famílias devem ser fortalecidas, que são independentes e autossuficientes, que são as únicas legitimadas a terem posições morais respeitadas” (SANTOS, 2019, p. 253) reverberam com tanta força.

Dessa forma “a reinvenção estratégica da responsabilidade familiar diante do despojo da infraestrutura pública” (GAGO, 2020, p. 230) ocasionada pelas práticas neoliberais - que leva ao endividamento das famílias e dos corpos feminizados, somadas ao “propósito conservador de limitar a reprodução social aos confins do lar cis-heteropatriarcal” (GAGO, 2020, p. 230) e a valorização da essência biológica produzida pelos defensores da “ideologia de gênero” o que une neoliberalismo e neoconservadorismo.

3. A RACIONALIDADE PUNITIVA LEGISLATIVA

O neoliberalismo e neoconservadorismo aprofundam racionalidade punitiva legislativa brasileira. Isso porque as respostas aos problemas da segurança pública e de uma suposta impunidade se baseiam no agravamento de penas, diminuição de direitos e garantias individuais e repressão, as quais podem ser lidas na chave “lei e ordem” (LACERDA, 2019, p. 101). Os “cidadãos de bem” não podem ter seu patrimônio e sua liberdade individual afetada; ao invés de trazer um debate sobre desigualdade e precarização, tem-se uma resposta bélica para que o inimigo seja aniquilado e a vítima armada para realizar sua defesa pessoal (LACERDA, 2019, p. 100-101).

A redução da maioria penal (PEC 171/1993); exibição de fotos de crianças e adolescentes em conflito com a lei (PL 7.553/2014); alteração na Lei da Drogas (PL 7.663/2010 e PLC 37/2013) para aumentar a punição do crime de tráfico; transformação do homicídio de policiais em crime hediondo (PL 3131/2008); a criação do flagrante “provado” (PL 373/2015) para alargar as hipóteses já previstas em lei; redução das garantias processuais e aumento do poder

policial; a flexibilização do Estatuto do Desarmamento, medidas de combate à corrupção; impasses à Comissão Nacional da Verdade e a naturalização dos crimes cometidos durante a ditadura civil-militar brasileira; privatização do Sistema Penitenciário, criminalização dos movimentos sociais são exemplos de temas que representativos da demanda punitiva neoconservadora. (LACERDA, 2019, p. 99-135)

A consolidação de parte da demanda punitiva neoconservadora se deu com a aprovação da Lei 13.964/2019, denominada como “pacote anticrime”, entre as alterações está a aplicação da legítima defesa aos agentes de segurança que repelem agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crime (artigo 25, parágrafo único do Código Penal), a vedação do livramento condicional às pessoas condenadas por crimes hediondos com resultado morte (artigo 112 do Código Penal), o aumento no cumprimento da pena para fins de progressão de regime (artigo 112 da Lei de Execuções Penais) e a inclusão no rol de crimes hediondos crimes contra o patrimônio como o roubo com restrição de liberdade à vítima, com emprego de arma de fogo, com resultado lesão ou morte (artigo 1º, inciso II, alíneas “a”, “b”, “c” da Lei 8.072/90) e furto com uso de explosivo ou com artefato análogo que cause perigo comum (artigo 1º, inciso IX, da Lei 8.072/90).

O rigor penal serve para garantir determinados modos de existência, proteger o patrimônio individual e precarizar ainda mais a vida das pessoas vulneráveis ao Sistema de Justiça Criminal⁸. A terminologia “cidadão de bem” é utilizada para defender tais pautas, referindo-se àqueles que estão longe de ser a clientela do sistema. Sobre o termo Isabela Kahlil esclarece que não é novidade no léxico político. Em 2013, era utilizada para diferenciar daquelas pessoas que não respeitavam “a ordem” e a “civildade” durante as manifestações; uma espécie de normas de “etiqueta” para protestar (KAHLIL, 2018, p. 8). No ano de 2016 o conceito passou a ter outros contornos amparados pelo discurso anticorrupção. Os cidadãos de bem seriam àqueles contrários aos “bandidos corruptos” e também às pessoas de esquerda e os seus ideais:

Assim, a figura do “cidadão de bem”, que luta contra todas essas formas de corrupção, é uma espécie de repositório que consegue captar e atrair para si uma série de dimensões críticas a respeito de como sociedade e poder funcionam. Essa figura, como o passar do tempo, conseguiu captar tendências “anti-sistema” (“contra todos os partidos”, “contra todos os políticos”, “contra tudo e contra todos”), para depois atrair dimensões da crítica anticorrupção (tanto em seu sentido estrito financeiro, quanto na sua forma moral, quanto em sua forma religiosa). Com

8 Entende-se o Sistema de Justiça Criminal em duas dimensões: a) instituições formais de controle representados pelo poder executivo, legislativo e judiciário; b) instituições informais de controle representados pela família, escola, faculdade, mídia, religião e entre outros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual contra a Mulher. Revista Sequência. Nº50, p.71-102, JUL 2005

o tempo, o “cidadão de bem” passou a se distinguir também de categorias, grupos e pessoas ligadas à esquerda (KAHLIL, 2018, p. 10)

Os sentidos da palavra corrupção se alinham à tríade “Deus, pátria e família”. A forma mais evidente de corrupção são os atos que atentam a pátria como os “políticos que roubam o povo”, “que não honram os nossos impostos”. A solução é reduzir a atuação do estado e substituir seus agentes por experts ou pessoas não vinculadas à política (KAHLIL, 2018, p.9).

Além disso, a corrupção pode também significar “a confusão entre direitos e privilégios”, referindo-se às pessoas vinculadas aos programas sociais e às políticas de ações afirmativas “que gozam de muitos direitos e não cumprem os seus deveres” (KAHLIL, 2018, p, 10) – discurso muito presente nas críticas ao Bolsa Família, às cotas raciais e a Lei Rouanet (KAHLIL, 2018, p.10). Porém, outros atos são lidos como “corruptos”, sobretudo aqueles que contrariam a “moral” e os “bons costumes”:

Esta corrupção diz respeito, sobretudo às condutas privadas e morais, como a homossexualidade, a vida sexual desregrada e o aborto. Nesse mesmo registro, a corrupção é lida como cerceamento da liberdade individual e uma redução da importância do papel da família na formação do cidadão. O movimento Escola Sem Partido expressa essa perspectiva de que o Estado se torna corrupto quando passa a tratar no ambiente escolar de questões que seriam atribuições das famílias - como a orientação ideológica ou política ou mesmo a educação sexual. (KAHLIL, 2018, p.11)

O “cidadão de bem” é aquele que valoriza a família e a sua função reguladora. O “cidadão de bem” condena experiências de vida que fogem do padrão heteronormativo e as práticas estatais que promovem a diversidade e o debate sobre educação sexual. Além disso condena o “comunismo” e todas as pautas de “esquerda”. Sua resposta é sempre reativa, punitiva e moralizadora. E aqui se visualiza a conexão com a pauta punitiva e a defesa da família.

Essa conexão entre punição e defesa da família (re)produtiva se materializa no campo da proibição do aborto. A proibição do aborto é mobilizada em algumas propostas legislativas ao proibir a venda de medicamentos que possibilitam a interrupção voluntária da gravidez e também daqueles que previnem a gravidez em si. O aumento da pena dos crimes previstos no artigo 124, 125, 126 e 127 do Código Penal e a revogação das hipóteses que permitem o aborto (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro) também são apresentados como projetos de lei para demonstrar que o aborto deve ser penalizado e proibido de todas as formas possíveis.

Na esfera do direito penal e da execução penal, há projetos de lei que alteram as matérias de extraterritorialidade, prescrição e progressão de regime como recurso restritivo para o aborto. Os argumentos legais são mobilizados para defender a vida e a competência do legislativo para legislar sobre o assunto. O direito é utilizado pelos parlamentares e pelas parlamentares, unindo “direito a

vida”, “competência legislativa”, “ativismo judicial” e a “defesa da democracia”. Isso serviria de respaldo para que não ocorresse a legalização como nos países vizinhos já que a “vontade popular brasileira” é que o aborto não seja permitido. Logo, “defender a vida” é “defender a democracia” da “cultura da morte” e do “movimento abortista”.

O argumento do direito penal como *ultima ratio* para tutelar os bens jurídicos mais importantes da sociedade são apresentados nos Projetos de Lei 1006/2019, 1007/2019, 1008/2019 e 1009/2019, todos de autoria do deputado Capitão Augusto (PI/SP) e servem como embasamento para aumentar a pena dos crimes previstos no artigo 124, 125, 126 e 127.

Os projetos, de forma reiterada, indicam que “quando se trata da vida do feto ceifada por aborto” o “grau de reprovabilidade é altíssimo” por isso que “a norma merece reparos” (PL 1006/2019, 1007/2019, 1008/2019 e 1009/2019 - BRASIL, 2019). Isso porque a pena atualmente prevista “não pune o ilícito de maneira adequada, de modo que é necessário o aumento do rigor tanto para a punição no patamar proporcional como para desestímulo dessa grave conduta” (PL 1006/2019, 1007/2019, 1008/2019 e 1009/2019 - BRASIL, 2019)

Atualmente, o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento tem pena de detenção, de um a três anos. Já o aborto provocado por terceiro sem o consentimento a pena é de reclusão, de três a dez anos; com o consentimento, pena de reclusão, de um a quatro anos. O aumento de pena se o aborto resultar em lesão corporal de natureza grave é de um terço e se sobrevier a morte a reprimenda é duplicada. As propostas nos PLS acima mencionados preveem o aumento da pena privativa de liberdade de forma consubstancial:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o provoque: Pena - reclusão, de três a seis anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de dez a vinte anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a seis anos.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de dois terços, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. (CÓDIGO PENAL - BRASIL, 2019)

Já nos PL 6333/2019 e 581/2020 a vida como bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal sustentaria a vedação de progressão de regime e a imprescritibilidade. Ambos afetam todos os crimes contra a vida indicados no Código Penal, todavia, enquanto o PL 6333/2019 emprega ênfase no crime de homicídio na justificação, o PL 581/2020 traz um parágrafo específico sobre o aborto:

Nos casos referentes ao aborto, contudo, há grande dificuldade de justa aplicação das penas devidas, principalmente por conta da grande pressão político-ideológica (que já constitui uma força permanente, justificando a necessidade de apresentação desta proposição) que, através dos mais diversos recursos jurídicos, vem conseguindo, gradualmente e através da multiplicação de casos excepcionais em que não caberia punição, legalizar na prática o homicídio intrauterino (PL 581/2020 - BRASIL, 2020)

Ou seja, não deve existir prazo para punir o crime de aborto porque ele é relativizado “por pressão político-ideológica” (leia-se movimentos feministas e a pauta pela legalização do aborto) e porque há “recursos jurídicos” que impedem a sua punição na prática (recursos em espécie e ações judiciais para garantir o aborto já permitido em lei).

No cotidiano partidário é possível visualizar políticos que defendem posicionamentos “pró-vida” e “pró-família” em que suas crenças pessoais se misturam com seus posicionamentos públicos e se transformam em agendas políticas. Ou seja, “encontram em sua identificação religiosa (católica ou evangélica) uma motivação importante para sua atuação política, razão pela qual a defesa da vida e da família, em conexão com a doutrina cristã, é uma prioridade nas funções que ocupam” (VAGGIONE, 2020, p. 61).

No Brasil, a bancada evangélica no Congresso Nacional é expressiva assim como os parlamentares evangélicos nas assembleias legislativas e nas câmaras de vereadores espalhados pelo país. É um setor que disputa as discussões legais sobre sexualidade, família e educação (VAGGIONE, 2020, p.62). É comum observar quando há discussões sobre o aborto e os direitos homoafetivos a criação de frentes parlamentares com parlamentares de partidos diferentes e divergências em determinados assuntos, mas são unidos na moral da sexualidade reprodutiva.

Importante destacar que no início da 56ª legislatura (2019-2023) 211 parlamentares se uniram para criação da Frente Parlamentar em defesa da vida e da família, cujos objetivos são “acompanhar e fiscalizar programas e políticas públicas governamentais destinadas à proteção dos direitos à vida, da família, da criança e do adolescente” e “promover debates sobre a valorização da família, o papel da educação e propostas que tramitam na Câmara dos Deputados a respeito do assunto” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Conforme artigo 2º do Estatuto, as finalidades da Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família são: “acompanhar e fiscalizar os programas e a políticas públicas governamentais”, “promover debates, simpósios, seminários e eventos pertinentes ao exame de políticas públicas”, “participar de discussões, plebiscitos ou referendos”, “apoiar instituições estaduais e municipais”, “procurar, de modo contínuo, a inovação da legislação necessária à promoção de políticas públicas, sociais e econômicas eficazes, influenciando no processo legislativo” e, por fim, “atuar como *amicus curie*”, tudo em prol da defesa da vida, da família, de crianças e adolescentes (BRASIL, 2019, p. 4-5).

A Frente Parlamentar em defesa da vida, além de fomentar o debate sobre esses projetos e criar estratégias para as suas aprovações, também possui o interesse de promover políticas públicas e “apresentar novos projetos de lei que protejam as famílias especialmente nos casos de pais que possuem filhos com microcefalias”. Por meio do Requerimento n. 1983/2019 formulado em 16/07/2019, a Deputada Federal Chris Tonietto⁹ apresentou o registro da Frente Parlamentar Mista contra o Aborto e em Defesa da Vida¹⁰, cuja finalidade “fiscalizar e acompanhar os programas e as políticas públicas governamentais destinadas à proteção e garantia dos direitos à vida da gestante e do nascituro e que atuem contra a prática criminosa do aborto, manifestando-se quanto aos aspectos mais importantes de sua aplicabilidade e execução” (BRASIL, 2019)

A Frente Parlamentar foi lançada no dia 5/12/2019 e, segundo a publicação realizada na página de eventos da Câmara dos Deputados, sua criação possui o seguinte significado:

A Frente Parlamentar Mista contra o aborto e em defesa da vida é a respostas dos parlamentares às necessidades da sociedade que tem sido alvo da Cultura da Morte. É missão desses parlamentares colocarem-se em guerra junto com o povo que eles representam, de maneira a reconstruir a Cultura da vida e promover, sob qualquer circunstância, a defesa e a dignidade da vida humana desde a concepção até a morte natural (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Percebe-se, portanto, uma suposta proteção ao “cidadão de bem” em face do “inimigo interno” que desafia a “ordem natural das coisas”. Esse inimigo, é o outro, vulnerável ao Sistema de Justiça Criminal (LACERDA, apud, ARGUELO, 2019, p. 101). No caso do aborto, o recrudescimento penal é uma tática de guerra para atacar o feminismo pois o aborto, em termos feministas, coloca o desejo da maternidade como ponto central da discussão (GAGO, 2020) e o que colide frontalmente com a perspectiva individual e moralizante de família (re) produtora.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse ensaio é possível constatar que o neoliberalismo é mais do que uma política econômica; é um modo de vida em que a economia é a bússola para guiar a existência dos sujeitos e, por sua natureza difusa, estabelece íntima relação com o neoconservadorismo na produção de um sujeito que persegue o seu próprio interesse individual e ressentido por àquilo que lhe aprisiona. O significado de sociedade e política comum são transformadas e as marcas de uma sociedade atravessada por gênero, raça e classe são assim esquecidas. Diante desse contexto, a família assume a responsabilidade individual de garantir a subsistên-

9 Parlamentar antiaborto e católica com expressividade na Câmara dos Deputados.

10 É composta por 194 deputados/as e 11 senadores/as (BRASIL, 2019).

cia precarizada e o papel disciplinador moralizante com base na maternidade e na reprodução.

A punição é o eixo de intersecção entre o neoliberalismo e o neoconservadorismo. Punição aqui entendida em seu aspecto mais rigoroso para que este modo de vida individual e moralizante possa ser assentado de uma vez por todas. Quem assim desafia essa ordem é lido na chave do “inimigo”: as pessoas de esquerda, as pessoas vulneráveis ao Sistema de Justiça Criminal que sentem os efeitos da neoliberalização na pela e também as feministas que questionam a ordem biologizante e questionam o papel da maternidade compulsória.

Por outro lado, a vítima desse inimigo é o “cidadão de bem”; um sujeito “anti-sistema” branco, empreendedor de si, armamentista e defensor da família tradicional brasileira o qual tem ampla representação no Congresso Nacional. Dessa forma, a racionalidade punitiva se aprofunda no legislativo (sobretudo na 56ª legislatura), um dos espaços de produção do saber jurídico e político brasileiro, por meio de propostas para garantir o modo de existência neoliberal e neoconservador brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Soberania Patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual contra a Mulher. **Revista Sequência**. Nº50, p.71-102, JUL 2005.
- BIROLI, Flávia, VAGGIONE, Juan Marco; MACHADO, Maria das Dores Campos. **Gênero, neoconservadorismo e democracia**: disputas e retrocessos na América Latina. São Paulo: Boitempo, 2020.
- BROWN, Wendy. American Nightmare: Neoliberalism, Neoconservatism, and De-Democratization. **Political Theory**, Vol. 34, No. 6 (Dec., 2006), pp. 690- 714. Disponível em: <https://sxpolitics.org/wpcontent/uploads/2018/05/Wendy-Brown-American-Nightmare.pdf>
- BROWN, Wendy. **Cidadania Sacrificial**: Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2016.
- BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo : Editora Filosófica Politeia, 2019a.
- BROWN, Wendy. O Frankenstein do neoliberalismo – liberdade autoritária nas ‘democracias’ do século XXI. In: RAGO, Margareth; PELEGRINI, Maurício (Org.). **Neoliberalismo, Feminismo e Contracondutas**: Perspectivas Foucaultianas. São Paulo: Intermeios, 2019b, p. 17-49.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2008a.
- FOUCAULT, Michel. **Ditos & Escritos**: Estratégias poder-saber (vol. IV). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- GAGO, Veronica. . **Potência feminista, ou o desejo de transformar tudo**. Trad. Igor Peres. São Paulo: Elefante, 2020.
- GAGO, Veronica; CAVALLERO, Luci. **Uma leitura feminista da dívida**: vivas, livres e sem dívidas nós queremos. Porto Alegre: Criação Humana, 2019.
- GAGO, Verônica. **A razão neoliberal**: economias barrocas e pragmática popular. Tradução: Igor Peres e Lucia Santalices. São Paulo: Elefante, 2018.

- HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Âyine, 2018.
- HEINEN, Luana Renostro. Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela análise econômica do Direito **Tese de Doutorado**. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.
- LACERDA, Marina Basso. **O novo conservadorismo brasileiro**: de Reagan a Bolsonaro. Porto Alegre: Zouk, 2019
- LAZZARATO, Maurizio. **O Governo do homem endividado**. São Paulo: N-1 edições, 2017.
- MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº7. Brasília, janeiro - abril de 2012, pp. 25-54.
- PINZANI, Alessandro. **Uma vida boa é uma vida responsável**: o neoliberalismo como doutrina ética. In: Rajobac, Raimundo; Bombassaro, Luiz Carlos; Goergen, Pedro. (Org.). *Experiência formativa e reflexão*. 1ed.Caxias do Sul: EducS, 2016.
- ROCHA, Camila. Cristianismo ou conservadorismo? O caso do movimento antiaborto no Brasil. **Revista TOMO**, São Cristóvão/SE, n. 36, jan./jun. 2020, pp. 43-78
- SANTOS, Rayani Mariano dos Santos. As disputas em torno das famílias na Câmara dos Deputados entre 2007 e 2018: familismo, conservadorismo e neoliberalismo. **Tese de Doutorado**. Programa de Pós-graduação em Ciência Política do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, 2019.
- SPYER, Juliano. **Povo de Deus**: quem são os evangélicos e por que eles importam. 1ª ed. São Paulo: Geração Editorial, 2020.

I LEGITIMIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO NA EXECUÇÃO PENAL

NICOLE RODRIGUES DE HOLANDA¹

RENATO WATANABE DE MORAIS²

1. INTRODUÇÃO

A Execução Penal tem sua natureza frequentemente discutida pelos doutrinadores. Muito embora não se negue o caráter administrativo, visto se tratar da relação entre o Estado e um jurisdicionado, é certo que o caráter penal deve prevalecer em face da rede de proteção principiológica trazida por esta área.

Esse ideal vai ao encontro da interpretação *pro homine* exigida pelos Direitos Humanos. Tal princípio implica que a compreensão do ordenamento jurídico deve sempre favorecer o indivíduo, reconhecendo a primazia das normas de Direitos Humanos. A dignidade humana deve ser utilizada como base para a elaboração de novos direitos pela legislatura, para a interpretação adequada das particularidades de cada direito, para restringir a ação do Estado e para embasar a ponderação de juízos. Contudo, ainda se observa espaço para crítica aos intérpretes do direito no Brasil, na medida em que se vê, na prática, grande resistência na aplicação dos nortes estabelecidos pelos Direitos Humanos e, conseqüentemente, das normativas convencionais. Na verdade, a supremacia das regras humanísticas, basilar do direito moderno civilizatório, é diluída na visão de que se trata de mera principiológica.

Nessa toada, das diversas funções que são atribuídas à execução penal, encontram-se a repressão por meio da privação da liberdade, a ressocialização (contraditoriamente também por meio da privação de liberdade) e há quem defenda mesmo um caráter curativo da sanção. Certo é que, na prática das prisões brasileiras, a punição é o único aspecto que se percebe.

Na realidade dos tribunais, há uma maleabilidade conveniente quanto ao discurso prisional. Não são poucas as situações em que, pela ausência de maior eficácia das normativas de direitos humanos, o exercício do poder judiciário é fundamentado pelas funções da execução penal de acordo com ímpeto ainda punitivista que permeia as decisões. Assim, são saídas temporárias, progressões de regime prisional, livramento condicional e outros direitos que são negados com

1 Graduada em Direito pela Universidade Santo Amaro. E-mail: nicolerodriguesdeholanda@gmail.com

2 Coordenador de Cursos e Professor de Direito na Universidade Santo Amaro. E-mail: renatowatanabe@uol.com.br

a justificativa de necessidade de verificação do grau de ressocialização / cura do condenado. No fim, não deixam de ser fundamentos convenientes para se negar um direito subjetivo que deveriam ser efetivados se se houvesse a admissão de se estar diante de mera punição, logo, sob o imperativo do princípio da legalidade. Em outras palavras, há subversão do sistema de proteção estabelecido pelos Direitos Humanos e pelos princípios penais supracitados.

O presente trabalho abordará a questão do exame criminológico no procedimento de progressão de regime prisional. Atualmente, embora não haja obrigação legal e o exame seja considerado uma exceção, as varas de execução criminal ainda o tratam como regra. Este artigo busca destacar a contradição entre essa prática com a previsão normativa e com os ditames dos Direitos Humanos, ressaltando o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos contrário ao Direito Penal de Autor e o desrespeito ao princípio da legalidade. De acordo com a Corte, a execução de qualquer sanção criminal deve se basear em critérios objetivos e individualizados, e não em uma avaliação subjetiva e estigmatizante.

A progressão de regime prisional é um direito previsto na legislação brasileira, com o objetivo de ressocializar o condenado, permitindo sua reinserção gradual na sociedade. No entanto, muitas vezes, a progressão é condicionada à realização do exame criminológico, um procedimento que visa avaliar o perfil psicossocial do preso e sua aptidão para retornar ao convívio em sociedade. Embora a lei não imponha a obrigatoriedade desse exame, ele é amplamente utilizado pelas varas de execução criminal.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, encontramos julgados exemplificativos que ilustram a contradição entre a prática das varas de execução criminal e a previsão normativa.

Diante dessas contradições, é fundamental repensar o papel do exame criminológico no procedimento de progressão de regime prisional. É necessário avançar em direção a um sistema mais justo, que valorize a individualização da pena e garanta o respeito aos direitos humanos. Somente assim poderemos caminhar rumo a um sistema de justiça criminal mais humano e efetivo na reintegração dos indivíduos na sociedade.

2. O EXAME CRIMINOLÓGICO

O exame criminológico é uma avaliação realizada por um grupo de especialistas de diferentes áreas, como médicos psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais. Seu objetivo é investigar aspectos médicos, psicológicos e sociais do infrator, com a finalidade de identificar sua propensão a cometer novos crimes³. A

3 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 38.

introdução do laudo criminológico no sistema jurídico do Brasil ocorreu durante a Reforma Penal de 1984, na qual a legislação passou a exigir a apresentação de um exame de cessação de periculosidade como condição para o exercício do direito ao livramento condicional.

O exame tem sua previsão no art. 34 do Código Penal que, no início do cumprimento da pena, o condenado passará por um exame criminológico de classificação, que tem como objetivo individualizar a execução da pena.

Ele é conduzido por meio de uma avaliação, que consiste em várias etapas. Inicialmente, é feito um pedido oficial e agendado o procedimento. Em seguida, são coletados e analisados os dados processuais, seguidos pela elaboração e transcrição do laudo, que é posteriormente entregue ao Poder Judiciário.

O método clínico utilizado para esse exame é baseado principalmente em entrevistas clínicas diagnósticas. Em alguns casos, e a critério do profissional, são aplicados testes psicológicos, que fornecem informações complementares sobre a personalidade e a saúde mental do indivíduo.

De acordo com a Resolução nº 06 de 29 de março de 2019 do Conselho Federal de Psicologia, o(a) psicólogo(a) deve utilizar uma variedade de conhecimentos, técnicas e procedimentos reconhecidos pela comunidade científica em sua atuação profissional, especialmente nas formas de avaliação e intervenção em pessoas, grupos e instituições.

A avaliação psicológica é um processo sistemático e limitado no tempo, que tem como objetivo o diagnóstico, utilizando fontes de informações fundamentais e complementares para investigar e coletar dados, estudar e interpretar fenômenos e processos psicológicos.

Segundo a mesma resolução, o laudo psicológico é o resultado desse processo de avaliação psicológica, sendo utilizado para subsidiar decisões relacionadas ao contexto em que surgiu a demanda. *In casu*, uma análise para verificar o quanto o indivíduo está introjetando a “terapia penal” e se, em face disso, estaria apto ao convívio social (eufemismo para propensão à prática de novos delitos).

O laudo apresenta(ria) informações técnicas e científicas sobre os fenômenos psicológicos, levando em consideração os aspectos históricos e sociais do indivíduo, grupo ou instituição atendidos. O documento deve incluir os procedimentos e conclusões gerados pela avaliação psicológica, fornecendo apenas as informações necessárias e relacionadas à demanda. Ele também deve relatar o encaminhamento, as intervenções, o diagnóstico, o prognóstico, a hipótese diagnóstica, a evolução do caso e oferecer orientação e/ou sugestão de projeto terapêutico.

A Resolução nº 06 é importante, portanto, por trazer o procedimento a ser adotado e os resultados esperados na realização do exame. Ocorre, porém, que a prática não consegue se aproximar do ideário previsto pela normativa psicológica. Há psicólogos que criticam aqueles que se posicionam contra o exame criminológico como se fosse um manifesto anti-científico⁴. *Data venia*, está-se diante de desacerto quanto aos motivos para a oposição: o ponto que se defende é que, para alcançar a complexidade exigida pela Resolução, uma entrevista, por mais qualificado que seja o profissional, não é suficiente sem que ele tenha plena consciência do cárcere em que o sentenciado se encontra, suas relações de poder e afeto criadas no convívio com outros detentos e as expectativas do indivíduo fora da prisão. O que se defende é o caráter científico e sério da psicologia, que não pode ser resumido a mero exercício de previsibilidade / possibilidade delitiva.

Não há critérios objetivos para determinar essa previsão e qualquer tentativa de fazê-lo envolveria o uso de informações sobre o passado do indivíduo, reforçando assim seu estigma de criminoso. Isso resultaria em avaliações que não são baseadas em ciência, mas sim em julgamentos morais sobre a vida do condenado.

Ademais, é certo que ao se estudar o cenário da larga maioria dos presídios brasileiros, imaginar que há algum viés terapêutico, além de positivista, por enxergar no condenado um doente, condicionado à Lombroso pelas chagas clínicas à prática de delitos, denota total desconhecimento do cotidiano carcerário ou crença no paradoxo aprender a viver socialmente estando socialmente isolado.

Soma-se ao dito o fato do exame classificatório de ingresso no sistema penitenciário não ser realmente realizado. Nesse sentido, alertava Alvinho Augusto de Sá:

Ao se exigir o exame feito para fins de concessão de benefícios legais, dever-se-ia, no mínimo, pressupor a realização prévia do exame de entrada, pois este deveria ser o parâmetro para todas as avaliações posteriores, bem como para as medidas que visem melhor preparar o encarcerado para seu retorno ao convívio social.⁵

Diante da natureza subjetiva do exame criminológico, de caráter médico-psicológico, e da maneira como é conduzido, por meio de uma única entrevista, é natural que sejam identificadas características positivas e negativas da personalidade do indivíduo condenado.

No entanto, do ponto de vista científico, surge a questão se existe uma diferenciação notável dessas características entre a população carcerária e a população em geral, que ainda não foi encarcerada. Além disso, é importante ques-

4 GALLEAZZO, A. R. S.; CHAVES, K. B. Atualizando o exame criminológico: a avaliação psicológica no contexto prisional. **Cadernos de PsicologiaS**, Curitiba, n. 2, 2021. Disponível em: <<https://cadernosdepsicologias.crppr.org.br/atualizando-o-exame-criminologico-a-avaliacao-psicologica-no-contexto-prisional/>>. Acesso em: 20 jul. 2023.

5 SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia Clínica E Execução Penal** - Proposta De Um Modelo De Terceira Geração. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

tionar quais dessas características foram adquiridas, exacerbadas ou “tratadas” no ambiente prisional. E, por fim, é fundamental refletir se o objetivo da execução penal é padronizar todos os seres humanos.

Portanto, somente por meio de um plano individualizado de cumprimento da pena, que deveria ser estabelecido a partir do exame criminológico realizado na entrada do sistema prisional (conforme o artigo 8º da Lei de Execução Penal e o artigo 34 do Código Penal), juntamente com um acompanhamento socio-psicológico periódico, seria possível alcançar uma coerência teórica e técnica, necessária para garantir os direitos na execução penal e conferir alguma legitimidade ao chamado “exame criminológico”.

A exigência do laudo criminológico também deveria ser considerada inconstitucional, pois viola diversos princípios fundamentais do Direito e do Processo Penal democrático. Isso inclui o princípio do contraditório e sua contraparte, o direito de defesa; a presunção de inocência, que estabelece que uma pessoa é considerada inocente até que se prove o contrário; o direito ao silêncio, que protege o indivíduo de ser obrigado a produzir provas contra si mesmo; e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que asseguram a proteção dos dados pessoais do indivíduo.

Entretanto, talvez o princípio constitucional-penal que mais se mostra desrespeitado é o da legalidade penal estrita. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, a obrigatoriedade da realização do exame criminológico para a progressão de regime⁶. É certo que o art. 8º da LEP e o 34 do CP trazem a previsão do exame. Ocorre que o exame, como acima dito, é importante para a classificação do condenado, como fundamental ferramenta de individualização de sua pena, já que, em tese, a terapêutica penal envolvendo punição, trabalho, estudo e reintegração deveriam partir de seu resultado. Para fins do regime semiaberto, o parágrafo único do art. 8º da LEP⁷ traz a sua **possibilidade**. Ainda assim, o dispositivo não fala da sua realização como condicionante para a progressão do regime, mas sua possibilidade de realização quando do início do regime semiaberto.

Na mesma toada, se analisarmos o art. 35 do CP, que trata do exame no regime semiaberto⁸, vai se observar que o exame não deve ser feito para verificar a viabilidade da progressão de regime. Em verdade, o exame é, mais uma vez, utilizado como meio para individualizar a execução da pena, mas, agora, tendo em vista o regime semiaberto e suas características.

6 BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 41.

7 “Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto”.

8 “Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto”.

A execução penal, pelo seu caráter penal, não somente administrativo, deve ser regido sob a égide da legalidade penal estrita. O Direito criminal, sob a óptica sancionatória, grave e estatal, é naturalmente contraposto às liberdades e garantias individuais. Logo, sua leitura deve ser justamente a inversa: cabem às leis penais limitar o monopólio do uso da força do Estado. Para impedir, portanto, que o gozo das liberdades fique ao subjetivismo do Estado-juiz, é importante que a lei seja o critério único para determinar a progressão de regime, passo para o restabelecimento da locomoção. Obrigar a realização do exame criminológico, nesse sentido, é, assim, preocupante ato autoritário.

3. POSICIONAMENTO MULTIDISCIPLINAR SOBRE O EXAME CRIMINOLÓGICO

O Direito, devido à sua natureza intrinsecamente interdisciplinar, requer a colaboração e a contribuição de diversas áreas do conhecimento. Um exemplo dessa interdisciplinaridade é a mensuração das penas, realizada na unidade tempo, conceito que encontra suas bases no campo da física.

Nesse contexto, especialistas provenientes de áreas diversas desempenham papéis de relevância no sentido de assegurar um funcionamento adequado do sistema jurídico, uma vez que essa abordagem propicia uma compreensão abrangente e equitativa das questões jurídicas, levando em consideração não somente os aspectos legais, mas também os aspectos sociais, psicológicos e éticos envolvidos, essenciais para uma análise completa e fundamentada.

Contudo, para que haja um funcionamento adequado do sistema, é imprescindível que o judiciário atue em harmonia, de forma a contemplar e incorporar as contribuições provenientes das diferentes áreas do conhecimento, encerrando os espaços para decisões atinentes a tradições ou jurisprudência que se pautem em conhecimento superado.

Nesse sentido, a consideração da posição Conselho Federal de Psicologia em relação ao exame criminológico desempenha um papel fundamental na compreensão e na elaboração do presente estudo, pois permite uma abordagem que contempla a posição não de um indivíduo isolado, mas, de uma categoria de fato expert no tema.

Veja-se, em junho de 2010 o CFP (Conselho Federal de Psicologia) publicou a Resolução nº. 009/2010 segundo a qual, para adequar-se à reforma legal efetivada pela lei Lei nº 10.792/2003, estaria vedada a atuação do psicólogo em exame criminológico e/ou decisões que tivessem caráter punitivo e disciplinar. Complementando a resolução, o Conselho Federal de Psicologia emitiu ainda uma nota versando especificamente sobre atuação dos psicólogos na prática do exame criminológico. Segundo o órgão:

(...) **não é possível realizar tal prática sem considerar a eficácia do modelo de privação de liberdade**, ou seja, as condições de execução da pena, que são variáveis importantes e que interferem no processo de avaliação. **Não é possível concluir o que ocorrerá com aquelas pessoas, considerando apenas as suas características e condições individuais, sem problematizar todo o processo e os elementos oferecidos para a suposta ressocialização** ou superação de fatores que o levarão a cometer novos delitos. (...)

os Conselhos de Psicologia têm claro que **este exame nunca contribuiu para o desenvolvimento de políticas de continuidade**, ou seja, acompanhamento do preso ou atendimento psicológico. Ao contrário, ele leva à substituição de acompanhamento sistemático e contínuo dos indivíduos pela simples rotulação (...)⁹ (g.n)

Assim, restou reconhecida a ineficiência do exame criminológico para fins que seriam melhor atendidos com o uso ferramentas como a vidência. No entanto, posteriormente, a Procuradoria da República no Rio Grande do Sul – Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão recomendou a suspensão dos efeitos da resolução, sob pena de responder o CFP à ação civil pública.

Visando, não somente estender o debate de modo a envolver mais partícipes, tais como a Defensoria Pública o Ministério da Justiça, mas assegurar os profissionais da psicologia que estavam enfrentando reiteradas ameaças de prisão ao se recusarem elaborar o relatório psicossocial¹⁰, houve por bem o conselho suspender a resolução por seis meses, posteriormente revogando-a, de fato. Resalte-se que, em momento algum negou suas afirmações o CFP. Ao contrário, ao suspender a resolução, justificou a necessidade de maior debate acerca do tema, enfatizando a perseguição que sofreram seus profissionais.

Em cumprimento ao propósito de expansão do debate, segundo o próprio CFP¹¹, em 2010 foram realizadas, além de um Fórum Nacional, 12 audiências públicas, das quais participaram representantes dos três poderes e ainda da sociedade civil. Como resultado dos trabalhos, foi formado um Grupo de Trabalho pelo CFP e Conselhos Regionais, que se dedicaram então a analisar as propostas feitas à nível nacional pela categoria, editando a partir do quanto processado a Resolução CFP nº 012/2011, que trouxe a seguinte normativa em relação ao exame criminológico:

Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos para subsidiar a decisão judicial na execução das penas e das medidas de segurança:

-
- 9 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota sobre a Resolução CFP que, ao Regulamentar a Atuação do Psicólogo no Sistema Prisional, Impede a Realização do Exame Criminológico pela Categoria**. CFP, 2010. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuacao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>. Acesso em: 05 jul. 2023.
 - 10 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **CFP Suspende Efeitos da Resolução CFP nº 009/2010 por seis Meses; Resolução nº 010 é Mantida**. 2010. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/cfp-suspende-efeitos-da-resolucao-cfp-n-0092010-por-seis-meses-resolucao-n-010-mantida/>. Acesso em: 06 jul. 2023
 - 11 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota Técnica sobre a Suspensão da Resolução CFP 012/2011 – Atuação da(o) Psicóloga(o) no Âmbito do Sistema Prisional**. São Paulo, 2015. Disponível em: [https://transparencia.cfp.org.br/crp06/legislacao/nota-tecnica-sobre-a-suspensao-da-resolucao-cfp-012-2011-atuacao-dao-psicologao-no-ambito-do-sistema-prisional/#:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Conselho%20Federal,periculosidade%20e%20o%20estabelecimento%20de](https://transparencia.cfp.org.br/crp06/legislacao/nota-tecnica-sobre-a-suspensao-da-resolucao-cfp-012-2011-atuacao-dao-psicologao-no-ambito-do-sistema-prisional/#:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Conselho%20Federal,periculosidade%20e%20o%20estabelecimento%20de.). Acesso em: 09 jul. 2023.

(...) b) A partir da decisão judicial fundamentada que determina a elaboração do exame criminológico ou outros documentos escritos com a finalidade de instruir processo de execução penal, excetuadas as situações previstas na alínea 'a', caberá à(ao) psicóloga(o) somente realizar a perícia psicológica, a partir dos quesitos elaborados pelo demandante e dentro dos parâmetros técnico-científicos e éticos da profissão.

§ 1º. Na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal ficam vedadas a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causais a partir do binômio delito delinqüente.¹²

Em que pese a cuidadosa elaboração, a nova resolução acabou anulada pelo judiciário, em sentença que argumentou, na defesa da manutenção do exame criminológico como prática afeita à psicologia, que a resolução violaria o princípio constitucional do livre exercício da profissão, além de exceder sua competência, não apenas estabelecendo critérios para prática, mas esvaziando o instrumento (exame criminológico) de sua importância, na medida em que proibia a aferição de periculosidade ou emissão de prognóstico de reincidência.

Do entendimento do processo que formou a resolução, de sua leitura comparativa aos argumentos utilizados pelo judiciário, verifica-se a existência, quíçã a persistência, de um espectro punitivista que, no caso em questão, deixou-se evidenciar com rara clareza. Ora, se não compete ao engenheiro dizer ao médico o que fazer, tampouco compete ao judiciário normatizar a prática profissional da psicologia.

A resolução revogada, como visto, foi resultado de intensa pesquisa entre as autoridades e representantes da categoria, em âmbito nacional. Assim, as normativas ali contidas expressavam, senão o consenso, ao menos o entendimento majoritário dos profissionais, que não foram baseados em achismos, mas em cuidadosa análise acadêmica e fática da realização do exame criminológico, concluindo por sua ineficácia na forma como realizado.

Ante a conclusão de sua ineficácia, não excluíram a possibilidade de sua realização, mas a normatizaram de modo a atender a rigorosos critérios técnicos, advindos da compreensão moderna da psicologia, que não guarda espaço para avaliações concernentes a periculosidade do agente ou sua probabilidade de reincidência, critérios tão caros a um judiciário punitivista.

Em que pese a existência constante de um descompasso entre os interesses da sociedade, a criação da Lei e a execução do texto legal, certo é que em dezembro de 2003, a lei n. 10.792/03 aboliu do ordenamento jurídico pátrio a exigência do exame criminológico para fins de progressão, mantendo o somente para classificação do sentenciado quando da entrada no sistema prisional, a fim

12 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP 012/2011**. Brasília, 2011. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf. Acesso em: 09 jul. 2023.

de se efetivar o caráter individual da pena, conforme verifica-se da leitura do art. 8º da Lei de Execução Penal.

Assim, em ritmo evolutivo, quando mais recentemente a lei 13.964/19 voltou a editar a LEP, novamente deixou de prever a avaliação do mérito do reeducando, condicionando sua progressão ao adimplemento do binômio lapso temporal e bom comportamento carcerário.

Paralelamente, consolidou tese jurídica o Supremo Tribunal Federal na súmula vinculante de número 26¹³, admitindo a realização do laudo psicossocial, mediante decisão fundamentada. No mais, deixou de se posicionar, considerando, quando do julgamento do AI 754008 RG em 2009, tratar-se de matéria infraconstitucional¹⁴, cabendo, portanto, ao STJ a regulação. Não por outra razão, editou o Colendo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 439¹⁵, em que, no mesmo sentido do entendimento do STF, admitiu-se então a possibilidade da realização do exame criminológico, desde que em decisão motivada e sem a restrição da hediondez.

Outrossim, não se ignora que a súmula vinculante 26 versa especificamente sobre crimes hediondos ou equiparados. No entanto, como costuma-se fazê-la parâmetro da constitucionalidade da súmula 439, tratar-se-á de ambas em conjunto, analisando-se até que ponto a permissão das Cortes Superiores à solicitação do laudo psicossocial é constitucional, uma vez que tal admissão implica na possibilidade de exigência, ainda que fundamentada, não feita pelo Legislador.

Nesse sentido, não poderia ser mais clara a Constituição Federal em seu art. 5º, inc.II ao estabelecer a inexistência de obrigação não prevista em lei. Não obstante qualquer violação à Constituição ser digna de protesto enfático, com maior razão se deve questionar o instituto em análise, eis que se trata de exigência não posta em lei para concessão da liberdade, direito fundamental, posto em segundo plano apenas pelo direito à vida.

Assim sendo, em que pese haver argumentação em sentido contrário, atribuindo ao exame criminológico papel fundamental no livre convencimento motivado, é inevitável concluir que a exigência do laudo psicossocial, fundamentada ou não, viola os ditames constitucionais, na medida em que estabelece como requisito à concessão da liberdade, obrigação que o próprio Legislador houve por bem abolir.

Ademais, cumpre mencionar que, apesar de sua edição em maio de 2010, a súmula 439 não conseguiu efetivamente pacificar a jurisprudência, gerando

13 BRASIL. STF. Súmula Vinculante nº 26. Brasília, 23 de dezembro de 2009.

14 BRASIL. STF. AI 754008 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL. Brasília, DF, 16 de outubro de 2009. Brasília

15 BRASIL. STJ. Súmula nº 439. Brasília, 13 de maio de 2010.

debates persistentes sobre quais seriam os critérios para considerar uma decisão como devidamente motivada. Nesse prisma, a discussão, embora longe de ser encerrada, foi limitada pela Sexta Turma do STJ, que determinou que a fundamentação deve guardar relação com fato ocorrido no curso da execução. Não sendo motivações idôneas a gravidade em abstrato do delito, a existência de longa pena a cumprir ou a reincidência¹⁶, circunstância valoradas em momento processual diverso.

Por último, deve-se abordar a existência de um segundo argumento quanto ao caráter inconstitucional da realização do exame criminológico para fins de progressão, consistente na persistência de uma margem para decisões baseadas em critérios subjetivos, que tem por corolário um cenário de inseguranças jurídica, uma vez que as Cortes Superiores utilizam termos amplos que sequer delimitam a aplicação do instituto. Embora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tenha realizado avanços ao impor limitações, tais critérios verificam-se insuficientes para garantir, na prática, a segurança jurídica esperada e necessária, conforme ver-se-á no próximo capítulo.

4. PRÁTICA DO EXAME CRIMINOLÓGICO NA EXECUÇÃO PENAL

Uma vez explicado de que se trata o exame criminológico e observados o posicionamento dos tribunais, bem como da psicologia, passar-se-á a expor como ocorre sua prática, para fins de progressão de regime, na execução penal no estado de São Paulo.

Por meio da análise de trechos retirados de manifestações ministeriais e decisões de quatro processos que tramitaram nas varas de execução criminal paulista, dos quais se ressalta o caráter exemplificativo, será refletido o posicionamento da magistratura, bem como da promotoria, buscando-se destacar os fundamentos das decisões que deferem o pedido de realização do exame criminológico ou determinam sua realização de ofício e as razões dessas solicitações.

Diante da não obrigatoriedade do referido instituto, estabelecida pela reforma legislativa de 2003, desde que sejam cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo, lapso temporal exigido para progressão e bom comportamento, a Defesa solicita a promoção do reeducando para um regime penal menos gravoso. Essa solicitação foi formalizada no caso dos autos 0003674-42.2017.8.26.0502, no qual a sentenciada foi condenada pelos crimes de tráfico, associação criminosa para fins de tráfico, roubo e receptação, totalizando uma pena de 13 anos, 04 meses e 19 dias de reclusão.

16 Nesse sentido: HC n. 519.301/SP e ainda AgRg no HC 696604/ES.

Em resposta ao pedido defensivo, o representante ministerial se manifestou pelo indeferimento, justificando que:

verifica-se que o sentenciado encontra-se cumprindo pena pela prática de **crime de extrema gravidade** – roubo majorado. Embora as circunstâncias dos crimes já tenham sido analisadas quando da fixação das reprimendas, não podem ser desprezadas em momento posterior como indicativo de maior cautela na análise da personalidade da postulante. Diante desse cenário, que não deve ser desprezado porque **indicativo da personalidade** dele, é que se afigura necessária análise mais aprofundada acerca da absorção da terapêutica penal, com vistas a apurar se possui condições de receber a benesse buscada. (...) Dessa forma, manifesto-me **pelo indeferimento da progressão** do sentenciado e, **subsidiariamente**, caso não seja esse o entendimento de Vossa Excelência, requer a **realização de exame criminológico**.(g.n)

Atentou-se bem o promotor para o fato de as circunstâncias do crime serem matéria de outro momento processual, o que não lhe impediu de as usar para fundamentar uma pretensa excepcionalidade, acrescentando em matéria argumentativa que a gravidade do crime seria indicativo da personalidade da sentenciada que, valorada negativamente, não merecia progredir a regime intermediário.

Nesse sentido, vale a menção ao ensinamento da doutrina:

No que se refere à “personalidade do agente”, não existe a menor possibilidade de tal avaliação se realizar e, muito menos ter valor jurídico, não existe a menor possibilidade (salvo os casos de vidência e bola de cristal) de uma avaliação segura sobre a personalidade de alguém, até porque existem dezenas de definições diferentes sobre a personalidade.(...) o diagnóstico da personalidade é extremamente complexo e envolve histórico familiar, entrevistas, avaliações, testes de percepção temática e até exames neurológicos, e não se tem notícias de que a polícia ou os juízes tenham feito isso.¹⁷

Em que pese o trecho tratar de momento processual diverso, em que a própria legislação determina que seja avaliada a personalidade do agente, as inconsistências quanto ao procedimento da própria verificação permanecem, validando a aplicação da crítica ao caso.

Ademais, a execução penal tem um caráter progressivo, é o que reza o art.112 da LEP (Lei de Execução Penal). Portanto, a condenação imposta na sentença penal condenatória idealmente terminará em meio aberto. Entretanto, caso entendimentos como o apontado prevaleçam e as condições do crime sejam utilizadas como critério para valorar a personalidade do sentenciado e, a partir disso, verificar seu mérito à progressão, não visualizando sua conduta carcerária e progressão individual, não há maneira de se adimplir com o quanto disposto na lei.

Submeter o sentenciado a um exame que utopicamente deveria gozar de um caráter multidisciplinar, mas que, em verdade, é realizado por meio de uma entrevista com um(a) assistente social ou psicólogo(a) com duração média de 2h sendo que se utilizam os profissionais de mais 2h para elaborar um parecer técnico e atribuir a este laudo o condão de decidir quanto à progressão de regime,

17 LOPES JUNIOR, Aury. A investigação Preliminar Brasileira. In: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Cap. 4. p. 186.

é lesar o sentenciado em sua dignidade; é lesar o processo penal, não observando seus preceitos basilares.

Apesar de contraposto o parecer pela defesa, houve por bem a magistrada se manifestar em concordância com o *parquet*, em decisão da qual destacamos o seguinte trecho:

Trata-se do caso em tela, em que pese a sentenciada ter preenchido o requisito objetivo (13/10/2019), tendo em vista a **gravidade dos delitos cometidos** pela sentenciada, em especial os crimes de tráfico de drogas e associação criminosa para fins de tráfico. Ademais, observo que foram impostas à sentenciada **as longas penas** de 13 (treze) anos e 10 (dez) meses. Portanto, o pedido de progressão deve ser analisado com a máxima cautela. (g.n)

Anotou ainda que, “Caso decorrido o prazo de 90 dias do último boletim informativo e atestado de conduta carcerária anexados aos autos, encaminhem-se novos documentos atualizados juntamente com o laudo do exame”. Aceitando tacitamente o atraso a progressão da sentenciada em três meses, caso os trâmites legais demorem a se realizar, violando flagrantemente o direito constitucional à razoável duração do processo, pautando-se numa hipotética excepcionalidade fundamentada em base legal inexistente, qual seja a gravidade do crime e a duração da pena.

Submetida ao exame, que, ressalte-se não foi desfavorável, e ante o resultado tendo o Ministério Público se manifestado favoravelmente, concluiu a juíza que, por a sentenciada não admitir a culpa por um dos delitos (roubo) não havia “assimilado a terapêutica penal”, não preenchendo, portanto, o requisito subjetivo e, por conseguinte, não podendo progredir.

Assim, em apenas um caso, assiste-se a violação ao devido processo legal, a duração razoável do processo, aos aspectos ressocializador e progressivo da pena, estabelecidos pelos art.1º e 112 da LEP, respectivamente e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É em sentido oposto à essa gama de violações que postula Cacicedo¹⁸ que “ a análise dos requisitos legais para os direitos do sistema progressivo deve ser permeada pelo princípio da legalidade penal e seus consectários” devendo haver uma proibição de requisitos instituídos pelo costume (como é o caso do exame criminológico) observando-se estritamente aqueles previstos em lei.

4.1. PESSOA PERIGOSA, CORROMPIDA PELO SUBMUNDO DO CRIME

O tom dramático do início dessa subseção é reprodução do trecho da manifestação ministerial que pleiteou o indeferimento da progressão do sentenciado no processo de número 0011370-34.2019.8.26.0996 em que, condenado como incurso nos delitos de tráfico e associação para o tráfico, em cumprimento de

18 LEMOS CACICEDO, D. P. O sistema progressivo brasileiro e suas contradições: para uma leitura crítica do direito de execução penal. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 367, 2023.

uma pena de 8 anos e 9 meses e tendo resgatado o lapso exigido para progressão ao regime semiaberto e ainda indicando bom comportamento carcerário, foi requerida a progressão. Tendo o representante ministerial emitido o seguinte parecer:

A pretensão do sentenciado não merece ser acolhida. Com efeito, verifica-se que **o requerente cumpre pena pela prática** de tráfico de drogas (crime equiparado à hediondo) e associação para o tráfico, **demonstrando que se trata de pessoa perigosa, corrompida pelo submundo do crime e que não cultua os valores sociais**. Ademais, **o sentenciado tem considerável pena a cumprir, com vencimento previsto para 05/09/2026**, o que poderá servir de estímulo para que empreenda fuga e volte a delinquir. Diante do exposto, ausente o requisito subjetivo, opinio pelo indeferimento do pedido de progressão ao regime semiaberto. Caso Vossa Excelência assim não entenda, pugno pela realização de exame criminológico. (g.n)

Em que pese a mudança no tipo penal e relativa diferença no *quantum* da pena em relação ao caso anterior, observa-se a repetição argumentativa, que se fundamenta na longevidade da pena e na gravidade do delito. Não especificando peculiaridade alguma do caso, como determina a jurisprudência dos tribunais superiores para realização do exame criminológico, tampouco indicando fundamento legal.

A manifestação sustenta que o caráter dos ilícitos cometidos possui gravidade tal que basta para, no curso da execução, obstar a progressão ao regime semiaberto, implicando na mesma problemática esboçada no caso anterior, em que se olvida o caráter ressocializador da pena, as garantias constitucionais e o devido processo legal, aplicando-se uma pena com caráter meramente retributivo (já superado pelo moderno direito penal, por serem inúteis à reinserção social do condenado¹⁹), transformando o indivíduo de sujeito de direito em objeto processual²⁰ e observando-se práticas processuais não expressas em lei.

Acompanhando o raciocínio do representante ministerial, manifestou-se o magistrado:

Com razão o Ministério Público. No caso dos autos, **pela gravidade concreta dos crimes** pelos quais o sentenciado foi condenado (associação ao tráfico), faz-se necessário uma melhor avaliação do requisito subjetivo. Assim, considerando que o regime semiaberto prepara o condenado para o retorno ao convívio social, torna-se imprescindível a realização do exame criminológico para verificação da provável e frutífera adaptação no regime menos rigoroso. (g.n)

Como bem salienta o magistrado, o regime semiaberto destina-se à preparação do sentenciado ao convívio social, momento em que se monitoram suas atitudes para que então seja progredido ao regime aberto. A efetivação do caráter progressivo da pena implica que **no** curso da execução se deve verificar o com-

19 LOPES JUNIOR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>.

20 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. Execução Penal e Jurisdicionalidade: As promessas incumpridas da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 145, p. 319-366, 01 jul. 2018.

portamento do preso e seu mérito para progressão, não em exame que verificará se ele tem “condições” **para** progredir.

Além disso, a verificação das condições da prática do ilícito penal ocorre no momento da dosimetria da pena, observados os requisitos dispostos no art.59 do código penal. Momento em que o dispositivo legal determina a avaliação da personalidade do acusado. Desse modo, verifica-se que em nada se assemelha ao art.112 da Lei de Execução Penal, onde o crime não mais interessa. Ora, se o objeto da ação penal é a condenação do crime, avaliando-se o agente, a situação e suas consequências, quando se inicia a execução da pena deve-se ter em mente que o objeto sofre significativa transformação, sendo agora objetivo a ressocialização do indivíduo, que ocorre, dentre outros meios, pela progressão.

Posto isso, verifica-se que violar o direito à progressão pautando-se, não na observância da conduta do indivíduo quando em cárcere, mas meramente no fato que lhe ensejou o cerceamento da liberdade, não somente lhe viola direitos fundamentais, mas a própria legislação.

4.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O EXAME CRIMINOLÓGICO

O caso de que trata os autos 7000473-96.2015.8.26.0564 refere-se a um indivíduo condenado a 20 anos e 06 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática dos delitos de roubo majorado, desacato e extorsão mediante sequestro. Tal como nos casos narrados, atingido o lapso temporal necessário para progressão de regime e comprovado o bom comportamento, foi pleiteada a promoção do sentenciado ao regime aberto.

Opôs-se o Ministério Público aduzindo em síntese que “tratando-se de crimes cometidos mediante violência e grave ameaça, com longa pena a cumprir, **deve** o sentenciado ser submetido a realização de exame criminológico”(g.n) .

Cabe aqui ressaltar o mau uso que fez o representante ministerial quanto a palavra “deve”. A Constituição Federal é clara quando dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Notadamente, não está previsto em nosso ordenamento jurídico a obrigatoriedade de submissão dos sentenciados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça ao exame criminológico.

De acordo com o raciocínio do representante ministerial, decidiu a juíza que:

Tratando-se de apenado com longa pena a cumprir (superior a 20 anos), que cometeu crimes com violência ou grave ameaça à pessoa (roubo majorado e extorsão mediante sequestro) e que, ainda, almeja benefício que o colocará em imediato convívio com a sociedade, entendendo por necessária a realização do exame criminológico, a fim de se aferir a presença do requisito subjetivo indispensável ao pleito, que não se resume, a toda evidência, ao mero comportamento carcerário. Como acentua Guilherme de Souza Nucci: “a jurisprudência, após a

modificação introduzida pela Lei 10.792/2003, ao art. 112 da Lei de Execução Penal, tem, majoritariamente, adotado posição contrária à abolição padronizada do **exame criminológico, exigível para a progressão de regimes, mormente de condenados por crimes violentos contra a pessoa. Em função da individualização executória da pena, não se pode permitir que um mero atestado de conduta carcerária cerceie o convencimento do magistrado, levando-o a estabelecer uma progressão-padrão**” (Individualização da Pena, 3ª edição, Ed. RT, p. 11/12).(g.n)

A justificação da magistrada não traz inovações em relação ao que foi constatado até o momento, baseando-se na longevidade da pena e na gravidade do delito. No entanto, é importante destacar que, em que pese a justificação doutrinária adotada apontar o exame criminológico como instrumento de individualização da pena, esse instrumento é utilizado apenas no momento da entrada dos sentenciados no sistema prisional e em casos de incidentes de progressão, implicando que a pena só é individualizada durante os momentos de “movimentação” do preso no sistema.

Ademais, cabe anotar que a arbitrariedade observada acaba por ferir a segurança jurídica, na medida em que tais decisões são proferidas baseadas não na lei, não na doutrina, mas na subjetividade de cada juiz, resultando em um cenário de incertezas, em que não se sabe como e quando será cumprido o ordenamento jurídico.

Dessa ofensa à norma legal deriva outra de caráter igualmente inconstitucional, a isonomia. A observância de critérios subjetivos em detrimento da lei, implica que casos idênticos sejam julgados diferentemente, seja em razão de diversas percepções de mundo, seja por ter determinado magistrado observado o devido processo legal.

Por fim, a longevidade do caso em tela contrasta com a dos outros processos analisados de maneira tal, que permite a formulação de um questionamento: qual afinal seria o conceito de “pena longa”?

4.3. EXAME CRIMINOLÓGICO EXTRA PETITA

Verifica-se que no último PEC (processo de execução criminal) exemplificativo, que a a sentenciada foi condenada pelo delito de roubo majorado, sendo condenada à pena de 07 anos 08 meses e 04 dias. Atingiu o lapso temporal requerido para a progressão em fevereiro do ano corrente (2023) tendo, já na ocasião, adimplido também com o requisito subjetivo, apresentando bom comportamento carcerário, não havendo em seu histórico uma única falta.

Pleiteada a progressão ao regime semiaberto, manifestou-se o **Ministério Público favoravelmente**. Entretanto, a decisão foi proferida nos seguintes termos:

Ante a **peculiaridade do caso**, (...) faz-se necessária uma análise mais profunda da personalidade do(a) reeducando(a) e de suas reais condições para ser beneficiado(a) com a progressão de regime e retornar gradativamente ao convívio social. No caso, **a sentenciada cumpre pena de sete anos, oito meses e quatro dias em regime fechado, pela prática de crime de roubo majorado, em concurso de pessoas, com considerável período de pena a cumprir (termo previsto para 2028)**. A sentenciada era funcionária do estabelecimento e repassou todas as informações aos outros agentes que cometeram o crime. Conforme constou na sentença condenatória, não se tratou de crime ocasional “mas, ao contrário, de delito previamente engendrado, com grau de planejamento e sofisticação, com vítima previamente escolhida, além da agressividade demonstrada (agressões à vítima G.)”. **A conduta do(a) sentenciado(a), por si só, reclama a necessidade de mais acurada análise de seu mérito e exige a comprovação de que sua periculosidade tenha sofrido a atenuação necessária para que possa usufruir benefício prisional**. Na hipótese, necessária a realização de exame criminológico, a fim de **melhor avaliar a personalidade do(a) reeducando(a), sua periculosidade, eventual arrependimento e a possibilidade de voltar a cometer delitos**. (g.n)

Uma vez mais, em que pese a extensa descrição do crime, pode-se sintetizar a justificativa da magistrada em dois pilares, a gravidade do delito e a longevidade da pena. No caso em tela, a juíza extrapola por duas vezes a letra da lei, determinando de ofício a realização do exame e estabelecendo como requisito a ser verificado pelo exame criminológico o “eventual arrependimento”.

No decorrer deste capítulo, foi descrita exaustivamente a violação legal que é a prática rotineira do exame criminológico, no entanto, nesse caso, verificamos nova contraposição a legislação, qual seja, o estabelecimento de um novo critério para a progressão de regime, o arrependimento. Não há, em qualquer dispositivo legal pátrio que verse sobre a execução penal, a previsão de que a progressão a regime menos gravoso seja condicionada ao arrependimento do sentenciado.

Outrossim, como mencionado anteriormente, em razão do adimplemento dos requisitos, o promotor, que em sede de execução penal figura não como acusador, mas como fiscal do cumprimento do devido processo legal, se manifestou favoravelmente à progressão, de maneira que a negativa do pleito configura violação à imparcialidade do magistrado.

Aparcialidadevisualizadano casodos autos0003039-13.2022.8.26.0041, ora em análise, evidencia a divergência de propósitos do direito penal, uma vez que não é possível afirmar que o Direito serve igualmente a toda a sociedade em uma realidade marcada pela luta de classes²¹. Essa divergência se manifesta no âmbito judiciário, onde a predominância de magistrados pertencentes à classe “A” contrasta com a origem das pessoas executadas, que em sua maioria são das classes mais baixas. Tal disparidade socioeconômica destaca a presença de preconceitos subjacentes em decisões que extrapolam a mera aplicação da lei.

21 BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2005. p.21.

Em síntese, percebe-se que em São Paulo, além das violações descritas anteriormente, prevalece uma magistratura que utiliza sua posição para impor à sociedade uma visão limitada do mundo. Nesse contexto, nota-se também na atuação ministerial uma inclinação para uma abordagem inquisitorial punitivista, apesar de seu papel na execução penal ser, em teoria, o de garantir a correta aplicação da lei, e não o de acusação como ocorre no processo penal.

Cabe por último destacar que até a redação deste estudo (junho de 2023), o exame não havia sido realizado, pelo que a progressão de regime não se havia concretizado.

5. INCONVENCIONALIDADE DO REQUERIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME E CONSEQUÊNCIAS

Primeiramente, para que se possa efetivamente tratar da progressão de regime como um direito subjetivo, deve-se compreender como o caráter da execução penal no Brasil, caso entendido como essencialmente administrativo, prejudica a efetivação de direitos e mesmo o tratamento do sentenciado como sujeito de direito. Isso porque o direito administrativo estabelece as regras que definem até que ponto o Estado pode agir em relação à garantia de certos direitos, como os direitos sociais. Isso está condicionado à disponibilidade de recursos públicos e ao suposto interesse público mais relevante. Por consequência, o direito à progressão de regime, exigível na forma determinada pela lei, é afastado com justificativa numa pretensa proteção à segurança pública.

Em segundo plano, cumpre ressaltar que, como postulam Gloeckner e Mendes, bem como Cacicedo, o aceite de tal caráter administrativo, ou ainda sua natureza dita mista, implica em colocar os direitos do condenado como “benesse” do Estado, em uma relação, segundo a qual, disporia o sentenciado apenas de obrigações perante o Estado que, uma vez adimplidas, poderiam ser recompensadas.

Por óbvio, o posicionamento referido já foi considerado inaceitável, tanto à luz da Constituição Cidadã, como em âmbito internacional, nos tratados relacionados aos direitos humanos. Um exemplo claro da consolidação desse entendimento pode ser encontrado na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Vélez Loor vs Panamá*²², em que ficou estabelecida a intolerância de práticas violadoras de direitos fundamentais. Esse é o caso de um indiví-

22 OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença Caso Velez Loor vs. Panamá, j. 23 nov. 2010. San José, Costa Rica. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf>. Acesso em 15 jul 2023.

duo equatoriano que ingressou de forma ilegal no território do Panamá em três ocasiões. Ele foi expulso duas vezes, porém, na terceira tentativa, acabou sendo detido, submetido a julgamento e encarcerado. Vélez Loor recebeu uma sentença de dois anos de prisão e alegou ter sido vítima de tortura e maus-tratos. O Tribunal concluiu que o Panamá era responsável por violar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

O Estado o privou de sua liberdade por vinte e cinco dias com base em uma ordem de prisão arbitrária, cujo mandado não continha razões ou motivos para sua emissão. Na realidade, o mandado de prisão de imigrantes irregulares foi automaticamente emitido logo após a prisão inicial, sem levar em conta as circunstâncias específicas. Assim, o Estado não agiu com um propósito legítimo em conformidade com a Convenção.

Outro caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos que merece atenção é o Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala²³. No caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu decisão na qual declarou a incompatibilidade do dispositivo penal que prevê a pena de morte para o crime de assassinato, quando o agente revela periculosidade particular, com o artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos. A periculosidade viola os princípios do direito penal do fato, bem como o princípio da culpabilidade. Portanto, não é admissível considerar a periculosidade na caracterização do crime ou no agravamento (ou seleção) da pena.

Partindo da mesma *ratio decidendi*, é inconvenção o condicionamento da progressão a uma análise típica de direito penal do autor. Ele se caracteriza pela penalização de indivíduos com base em suas características pessoais, comportamento, grau de culpa (reprovabilidade), histórico e modo de vida. O Direito Penal deve concentrar-se estritamente nas ações cometidas, sem permitir perseguições baseadas predominantemente em questões particulares. Pensar de modo diverso, implica numa aproximação inadmissível com o autoritarismo. O Estado assume uma função de proteção social ao punir ou neutralizar indivíduos que possam representar qualquer ameaça à sociedade, mesmo antes de terem cometido algum delito.

Veja-se, estudar o sistema penitenciário nacional é compreender que, com relativa facilidade pode-se traçar um paralelo entre os textos legais, seja a Constituição federal seja a própria Lei De Execuções Penais e a ilha sobre a qual escreve

23 OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, j. 20 mai 2005. San José, Costa Rica. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_ing.pdf. Acesso em 03 jul 2023.

Morus em *Utopia*²⁴. Afirma-se isso pelo a seguir exposto: enquanto a Constituição Federal assevera garantias individuais e princípios processuais que, mesmo em caso de condenação transitada em julgado, não “podem” ser violadas, é fato empiricamente irrefutável que o sistema carcerário e a linha de execução da pena ao menos ignoram tais garantias. De sorte que, uma vez que haja contra o indivíduo uma condenação transitada em julgado, é certo que, pelo que se observa na prática dos fóruns, ele já não é mais sujeito de direito, mas mero objeto processual.

Assim, pode-se compreender a lógica violadora de princípios e direitos que atua por trás da exigência do exame criminológico para fins de progressão. Que encontra seu fundamento legal em diploma inexistente, mas na tradição sedimentada pela jurisprudência das Cortes Superiores que, houveram por bem, negar a inconstitucionalidade do instituto, regulando-o parcamente.

Ademais, infere-se que, a despeito do reconhecimento legal da progressão como direito subjetivo, da pacificação advinda do Tema Repetitivo 1165 pelo c. STJ quanto ao caráter meramente declaratório da decisão que defere a progressão de regime, a prática jurídica esbarra no exame criminológico. Nesse sentido:

se pretende ressaltar é a procrastinação ocorrida com a sua determinação, violando a razoável duração do processo. (...) o retardamento indevido na obtenção dos direitos dos presos, frustrando suas expectativas, aumentando os estigmas da segregação e impactando no aumento da população carcerária (...). O problema era ainda mais grave (e até hoje se verifica) na hipótese de o laudo ter sido favorável e a decisão judicial, mesmo assim, indeferir o pedido do preso. (...) a prova pericial objetiva acrescentar dados e parâmetros para subsidiar a decisão, de modo que um resultado amplamente favorável, seguido de uma decisão em sentido contrário, indica que já havia uma predisposição pelo indeferimento dos pedidos e, talvez, a necessidade da busca de eventuais fundamentos (inexistentes) para tanto, prolongando-se indevidamente o incidente processual (...) – leia-se, violando a razoável duração do processo. Aliás, a determinação do exame deveria pressupor a prévia existência de dúvida acerca do direito à progressão ou ao livramento condicional, pois havendo certeza quanto à existência de motivos seja para o deferimento ou para o indeferimento, não há que ser realizado e a decisão deve ser proferida de plano.²⁵

Em última análise, não se pode negar a morosidade do judiciário como problema central da justiça brasileira, especialmente em sede de execução penal, onde os incidentes sequer contam com prazos fixados em lei. Portanto, a mera apreciação do pedido, sem determinações *extra legem*, pode ensejar violação a razoável duração do processo. Essa violação se torna ainda mais evidente quando há a determinação de elaboração do laudo psicossocial, o qual aumenta consideravelmente o tempo de espera pela decisão judicial, que deveria apenas declarar um direito já adquirido.

24 MORUS, Thomas. **Utopia**: Sobre a melhor condição de uma república e sobre a nova ilha utopia. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 155.

25 GARCIA, CRISTINA VICTOR. **O direito fundamental à razoável duração do processo na execução penal brasileira**. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24484/1/Cristina%20Victor%20Garcia.pdf> Acesso em 14 de março de 2023

A criminologia crítica há muito consignou o papel do direito penal no controle social que, segundo Castro, consiste no uso de táticas para “assegurar o consenso; em sua falta para a submissão forçada daqueles que não se integram a ideologia dominante”²⁶. Assim, percebe-se a utilização do exame criminológico como uma dessas táticas, na medida em que, conforme verificado, magistratura e promotoria extrapolam a letra da lei, exigindo que, por meio do laudo psicossocial, o reeducando comprove ter adimplido com requisitos estabelecidos pela moral dos intérpretes do direito.

Conforme visto quando das análises dos casos, não raro são estabelecidos quesitos que não se verificam em qualquer diploma legal, tais quais o arrependimento e a confissão. Por não haver previsão para tais quesitos, surge-se uma indagação: qual seria sua origem? Há possível justificativa na crença no mito penal.

Segundo a tese de Casara²⁷, mito é um “elemento do discurso sempre dogmático, coletivo e ahistórico, que se apresenta como verdade, no intuito de substituir a falta daquilo que não existe ou não pode ser dito”. Assim, o mito penal consiste no “elemento do discurso que versa sobre o poder penal(...) fundado em crenças funcionais ao sistema penal que preenche um vazio dogmático (diante de uma falta estrutural de algo que não pode ser dito)”, de modo que por mitologia processual pena se entende “o conjunto de mitos penais que versam sobre a persecução penal (...); isto é, sobre a atividade estatal de investigar e punir aqueles a quem foi atribuída a prática de um delito” e, por conseguinte, tem-se que a crença no mito penal, atua como disfarce para ações que encontram seus fundamentos em algo ainda mais abstrato e subjetivo que a moral, o inconsciente.

Ainda nesse prisma: “Pode-se concluir que a demanda de vingança, porquanto inerente à natureza humana, permanece ao longo da história e não é afastada pelos fundamentos científicos das diversas finalidades atribuídas às penalidades, ou pelas soluções penais modernas”.²⁸

Logo, torna-se evidente que na lacuna deixada pela não regulamentação devida da execução penal, pontualmente do exame criminológico, prolifera-se não somente o decisionismo que também se verifica em outras áreas do direito, mas o ideal punitivista que, destoante do ressocializador, enxerga no apenado não mais que seu delito.

Posto isso, conclui-se que sob a égide de uma pretensa análise meritória, através de violações a direitos reais e processuais, da desconsideração das contri-

26 CASTRO, Lola Aniyar *apud* BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2005, p.22.

27 CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.86

28 MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016, p.28.

buições feitas pelo campo da psicologia, opera-se uma violação à própria dignidade da pessoa humana, que observa a sedimentação de um falso moralismo no uso indevido da lei que, por sua vez, finda em ser não mais que instrumento de controle social.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise sobre a ilegalidade e inconveniência da exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime prisional, torna-se evidente a necessidade de revisão urgente das práticas vigentes no sistema penal. Este trabalho buscou apontar os principais fundamentos jurídicos e os princípios de direitos humanos violados por tal exigência, revelando a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico e com tratados internacionais dos quais o país é signatário.

A exigência do exame criminológico tem sido objeto de inúmeras críticas e controvérsias, uma vez que abre margem para subjetividades e arbitrariedades que podem comprometer a efetivação do direito à progressão de regime. Sua utilização representa uma violação ao princípio da legalidade penal estrita, basilar da limitação do poder punitivo do Estado.

Ademais, a obrigatoriedade do laudo viola os princípios de dignidade da pessoa humana e de reintegração social do condenado, pois submete o indivíduo a uma espécie de julgamento moral, estigmatizando-o e dificultando sua reinserção na sociedade após o cumprimento da pena. Tal prática reforça um paradigma de punição pautado na vingança pela suposta gravidade do delito, em detrimento de abordagens mais humanizadas.

Ainda que os julgados apresentados e manifestações ministeriais tenham origem no Estado de São Paulo, é certo que esse cenário se replica em outros tribunais de justiça. Ainda que em proporções diversas pelos Estados, tais atuações encontram lastro nas súmulas dos Tribunais Superiores.

Com base nas fundamentações apresentadas ao longo deste estudo, é imperativo que as autoridades responsáveis pelo sistema penal reavaliem as políticas de progressão de regime prisional e eliminem tal exigência como requisito para concessão desse direito. Em seu lugar, há de ser mantido o respeito ao ordenamento jurídico e às normativas de Direitos Humanos, já consolidadas pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, se se busca a efetivação da reintegração social, o lapso temporal e a ausência de falta grave dos doze meses anteriores já são suficientes. Não há o que se falar em gravidade do delito, uma vez que ela já foi considerada na fixação da pena. Não há o que se falar em introdução da terapia penal, já que não há doentes e o sistema carcerário brasileiro notadamente não recupera pessoa alguma.

Portanto, a busca por um sistema prisional mais justo, humanizado e compatível com os princípios de direitos humanos deve ser uma preocupação constante das autoridades e da sociedade como um todo. A garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade é um imperativo ético e legal e a erradicação de práticas incompatíveis com esses princípios é essencial para a construção de uma sociedade menos autoritária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan Ltda, 2005. 136 p.
- BRASIL. STF. AI 754008 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL. Brasília, DF, 16 de outubro de 2009. Brasília
- BRASIL. STF. Súmula Vinculante nº 26. Brasília, 23 de dezembro de 2009.
- BRASIL. STJ. Súmula nº 439. Brasília, 13 de maio de 2010
- CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nº 012/2011: RESOLUÇÃO CFP 012/2011. Brasília, 2011. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/06/resolucao_012-11.pdf. Acesso em: 09 jul. 2023.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota técnica sobre a suspensão da resolução CFP 012/2011 – atuação da(o) psicóloga(o) no âmbito do sistema prisional.. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://transparencia.cfp.org.br/crp06/legislacao/nota-tecnica-sobre-a-suspensao-da-resolucao-cfp-012-2011-atuacao-dao-psicologao-no-ambito-do-sistema-prisional/#:~:text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Conselho%20Federal,periculosidade%20e%20o%20estabelecimento%20de>. Acesso em: 09 jul. 2023.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. CFP suspende efeitos da Resolução CFP nº 009/2010 por seis meses; Resolução nº 010 é mantida. 2010. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/cfp-suspende-efeitos-da-resolucao-cfp-n-0092010-por-seis-meses-resolucao-n-010-mantida/>. Acesso em: 06 jul. 2023
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. NOTA SOBRE A RESOLUÇÃO CFP QUE, AO REGULAMENTAR A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO NO SISTEMA PRISIONAL, IMPEDE A REALIZAÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO PELA CATEGORIA. CFP, 2010. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuacao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impe-de-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>. Acesso em: 05 jul. 2023.
- GALLEAZZO, A. R. S.; CHAVES, K. B. Atualizando o exame criminológico: a avaliação psicológica no contexto prisional. **Cadernos de PsicologiaS**, Curitiba, n. 2, 2021. Disponível em: <https://cadernosdepsicologias.crprr.org.br/atualizando-o-exame-criminologico-a-avaliacao-psicologica-no-contexto-prisional/>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- GARCIA, CRISTINA VICTOR. **O direito fundamental à razoável duração do processo na execução penal brasileira**. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24484/1/Cristina%20Victor%20Garcia.pdf> Acesso em 14 de março de 2023
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. EXECUÇÃO PENAL E JURISDICTIONALIDADE: AS PROMESSAS INCUMPRIDAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 145, p. 319-366, 01 jul. 2018.
- LEMOS CACICEDO, D. P. O sistema progressivo brasileiro e suas contradições: para uma leitura crítica do direito de execução penal. **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], v. 31, n. 367, 2023.
- LOPES JUNIOR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>.

LOPES JUNIOR, Aury. A investigação Preliminar Brasileira. In: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Cap. 4. p. 186.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016.

MORUS, Thomas. **Utopia**: Sobre a melhor condição de uma república e sobre a nova ilha utopia. Petrópolis: Vozes, 2016.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Caso Velez Loor vs. Panamá**, j. 23 nov. 2010. San José, Costa Rica. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7c950d67d3a-97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf>. Acesso em 15 jul 2023.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentença Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala**, j. 20 mai 2005. San José, Costa Rica. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_ing.pdf. Acesso em 03 jul 2023.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal** - Proposta De Um Modelo De Terceira Geração. São Paulo: Saraiva, 2015.

O JUIZ INQUISIDOR À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

RENATA LIMA CASTRO¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa levantar questões atinentes à determinados poderes conferidos ao juiz no curso da persecução penal, aprofundando o debate sobre o papel do juiz inquisidor à luz do Código de Processo Penal mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Tal discussão torna-se necessária a partir do momento em que, após a promulgação da Carta Magna, em 1988, as garantias constitucionais como a tutela constitucional (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), entre outros, colocam “em cheque” atitudes inquisitivas permitidas ao juiz pelo nosso Código de Processo Penal.

Este Código, de 1941, foi elaborado sob a forte influência de Códigos autoritários que, à época, utilizavam o processo penal como meio de combater a criminalidade e não como uma garantia do cidadão frente ao Estado, como constitucionalmente previsto na atualidade.

Dito isto, surge a necessidade de fazer uma interpretação constitucional do Processo Penal, pois é necessário que este Diploma seja lido à luz da Constituição, que deve servir de parâmetro para comportamentos autoritários. O processo, de uma maneira geral, deve se democratizar e ser interpretado a partir da Constituição.

O Código de Processo Penal, em vários artigos, permite a busca de provas pelo juiz, o que é amplamente criticado pela doutrina garantista. Daí surge a necessidade de aprofundar no tema, pois, no contexto de processo penal democrático e respeito à dignidade da pessoa humana, esses comportamentos se mostram bastante contraditórios.

O recolhimento de provas por parte do juiz, certamente acarretará formação pessoal de opinião sobre o fato em análise. Pois, a partir do momento em que

¹ Mestranda em Direito pela UNIFIEO. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Faculdade Anhanguera. Advogada. Procuradora da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá. e-mail: renata.limacastro@gmail.com

ele vai atrás das provas para fundamentar sua decisão, percebe-se que ele já tem uma decisão pré-formada que, a depender do caso, só necessita ser embasada.

Dito isto, esse comportamento acabar por influir diretamente na imparcialidade do juiz frente às provas produzidas, na condução do processo e no princípio do *in dubio pro reo*. Este dispõe que, em caso de dúvida, o juiz deverá absolver o réu. Entretanto, se no momento em que o juiz, ao ter dúvidas, no curso da persecução penal, diligencia para obter provas que possam a vir incriminar o acusado, comprometido está seriamente esse princípio.

Ao nos depararmos, no curso da persecução penal com um juiz inquisidor, decerto, o réu terá pouquíssimas chances de conseguir uma sentença absolutória, pois a tendência é que o juiz decida antes, para depois procurar as provas necessárias a embasar a sua decisão.

Nesse contexto se faz necessário estudar e aplicar, na gestão da prova, o princípio dispositivo, que é aquele baseado no sistema acusatório e que, as provas estão nas mãos da parte. Nesse sistema de gestão das provas do processo penal, a posição do juiz é de mero espectador. Ele espera aquilo que as partes (acusação e defesa) o trazem, para, a partir daí, tomar a melhor decisão.

Assim, o objetivo deste artigo será o de analisar criticamente, sem a pretensão de esgotar, alguns artigos do Código de Processo Penal Brasileiro que, mesmo após inúmeras alterações legislativas com o intuito de adequar o Processo Penal à ordem constitucional, ainda conferem ao juiz poderes instrutórios de persecução probatória.

2. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A forma como o Estado instrumentaliza a persecução penal, ou seja, o caminho percorrido para se aferir a autoria e materialidade do crime, para, ao final, a prolação de uma sentença justa, é regulamentado através do Diploma Processual Penal. Nesse caminho, as regras são cruciais como elemento legitimador, mas acima de tudo, como resultado do nível de evolução civilizatória.²

Nessa esteira:

[...] O processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto. Deve-se ter em vista que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado.³

2 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015

3 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 34.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um contexto mais favorável ao acusado no processo penal. Contexto esse não de processo com uma punição, mas um processo com garantia ao acusado.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 8, item 1, além de várias outras garantias aduz que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁴

Entretanto, em sendo o nosso Código de Processo Penal bem anterior à Carta Magna, este não acompanhou tais garantias, o que significa que o juiz ainda tem um papel bastante ativo na persecução penal, com poderes, inclusive, de produzir provas no curso do processo.

Daí a necessidade de se fazer uma análise conjuntural do contexto histórico e político da época em que foi elaborado o Código de Processo Penal. O Brasil estava em plena fase ditatorial, conhecido também com Estado Novo: a Ditadura Vargas, iniciada em 1937.

2.1. O CONTEXTO HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal atual foi promulgado em 03 de outubro de 1941, fruto da realidade histórica e social do Estado Novo, período em que as demonstrações de poder eram notadamente sensíveis e a polícia exercera inúmeras arbitrariedades, chegando ao ponto de ser institucionalizada a tortura no país.

Nessa linha, o Código de Processo Penal foi:

Nascido em plena época de exceção ao Estado de Direito, sob a égide formal da Constituição de 1937, para atender “ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente”.⁵

Inspirado na legislação penal italiana da década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP foi elaborado em bases notoriamente autoritárias. Em sua redação originária, refletindo uma mentalidade própria da época, a sentença absolutória não era suficiente para restituir a liberdade do indivíduo, a depender da quantidade de pena abstratamente aplicada ao delito – antigo art. 596 do CPP. Veja-se:

Art. 596 - A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

4 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

5 CHOUKR, Fauzi Hassan, **Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 01.

Parágrafo único - A apelação em nenhum caso suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente.⁶

Seguindo o mesmo raciocínio, a decretação da prisão preventiva automática em delitos aos quais a pena cominada, em abstrato, fosse igual ou superior a dez anos – antigo art. 312 do CPP: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.⁷

As características mais relevantes, apontadas da redação originária do CPP, podem ser assim resumidas:

a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para o qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) na conduta do agente (art. 310, *caput*);

b) em suposta balança entre tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais;

c) a busca da verdade, sinalizada como verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional. Essa parece ser razão pela qual Jacinto Nelson Miranda Coutinho, ilustre processualista, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, insiste em conceituar o nosso modelo processual como de natureza preferencialmente inquisitorial;

d) o interrogatório do réu era realizado, efetivamente em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como *meio de prova*, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado *implicitamente*), seja pelo não-comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, CPP).⁸

Da redação originária para cá, diversas foram as alterações legislativas promovidas, na tentativa de flexibilizar as regras restritivas de direitos às liberdades individuais, a exemplo das Lei nº 5.379/67, Lei nº 11.689/08, Lei nº 11.690/08 e Lei nº 11.719/08 (mini reforma processual penal) e Lei nº 12.403/2011, que tratam as prisões preventivas em caráter de exceção e a liberdade como regra e a recente Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), que estabeleceu regras para a realização do acordo de não persecução penal, prisão preventivas, entre outros.

Mesmo com todas as alterações implantadas aos longos dos anos, nosso diploma processual penal ainda traz resquícios de um sistema político marcado pela não participação da sociedade, por isso, nesse artigo faz-se uma análise de alguns

6 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 21 jul. 2023.

7 *Ibid.*

8 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 07

dispositivos do Código de Processo Penal em vigor e verifica-se a sua desconformidade com a ordem constitucional trazida após a promulgação da carta de 1988.

O processo penal brasileiro ainda possui fortes traços inquisitórios na medida em que a *persecutio criminis* inicia-se, na maioria das vezes, com a instauração do inquérito policial, que, de acordo com a doutrina majoritária, segue o modelo inquisitório, e termina com a execução da pena, também inquisitiva, haja vista que é o juiz quem manda lavrar a guia de recolhimento (art. 105 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais), assim como pode, posteriormente, instaurar procedimentos para revogar e/ou subtrair benefícios que o condenado alcançou durante a execução da pena.

Em razão do descompasso entre a nova ordem constitucional (a ela somada a Convenção Americana dos Direitos do Homem) e o nosso Código de Processo Penal, desde o ano de 2010 tramita o Projeto de Lei 8045/2010⁹, que versa sobre o Novo Código de Processo Penal, que teve a origem no PLS 156/2009 (Projeto de Lei no Senado), de autoria do então Senador José Sarney.

Uma das inovações desse anteprojeto foi a introdução da figura do juiz de garantias, que, em síntese, destina-se a controlar a legalidade da fase pré-processual. Por isso, esse juiz não será o mesmo que atuará na instrução criminal, respeitando-se o princípio da imparcialidade. A competência do juiz de garantias, à exceção dos crimes de menor potencial ofensivo, será encerrada no momento da propositura da ação penal.

Contudo, em 2019, a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime)¹⁰ inseriu, dentro do Título I do Código de Processo Penal, os art. 3º-A, 3º-B e seguintes, instituindo o juiz das garantias. Ocorre que, em janeiro de 2020, um dia antes da Lei nº 13.964/19 entrar em vigor, o Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Luiz Fux, concedeu liminar em sede de ADI para suspender a vigência de vários artigos, entre os quais, os referentes ao juiz das garantias. Atualmente, a medida liminar está em fase de análise pelo Plenário do STF.

2.2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: SISTEMA ACUSATÓRIO VERSUS SISTEMA INQUISITÓRIO

Historicamente, o Direito é marcado pela dualidade: de um lado, as mais duras penas e opressões e de outro, amplas liberdades, incluindo a autotutela. Desse paradoxo, surgem os sistemas inquisitivo e acusatório. Este, de origem grega, consubstanciado na participação popular em papéis importantes, como, por

9 BRASIL. Projeto de Lei 8045/2010. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 22 de jul. 2023.

10 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 22 de jul.

exemplo, acusar e julgar. Aquele, em substituição ao sistema acusatório, momento em que o Estado assumiu as rédeas da persecução penal, de maneira ríspida.

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a novas mudanças de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual).¹¹

O sistema acusatório, como explicado acima remonta do direito grego, e a população tinha um papel direta no exercício das tarefas de acusar e julgar. Posteriormente, os juízes, insatisfeitos com esse modelo, pois alegavam que tinham que decidir com base tão somente em material incompleto e defeituoso trazido pelas partes, começaram a agir cada vez mais de ofício, dando início ao sistema inquisitório, que foi esvaziado novamente no século XVII, com a Revolução Francesa e suas novas ideologias.

Atualmente, são características da forma acusatória:

- a) clara distinção entre atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.¹²

Ainda, sobre o sistema acusatório:

[...] as tarefas de acusação, defesa e julgamento são perfeitamente distribuídas por diferentes sujeitos processuais. Cada um possui função exclusiva: o Ministério Público acusa; o advogado (público ou particular) elabora a defesa técnica; e o magistrado decide, julga, colocando fim ao conflito processual. Sua principal característica é a plena observância dos direitos e garantias individuais, expressas no ordenamento constitucional e legal.¹³

11 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

12 LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141-142.

13 CUNHA, Rogério Sanches; MARQUES, Ivan Luís. **Processo Penal I: Investigação preliminar, ação penal, ação ex delicto**. Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

Em suma, o sistema acusatório está fundamentado doutrinariamente na mesma vertente do garantismo penal, pois aquele, assim como este, está baseado na utilização dos direitos individuais como mecanismo para limitar o poder estatal sobre o indivíduo.

[...] é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o locus onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado.¹⁴

Já o sistema inquisitório ou inquisitivo foi o modelo adotado em substituição ao acusatório, fruto, essencialmente, de alguns defeitos trazidos ao processo pelas partes que eram os particulares. Com a ideia de que o processo penal estava sendo seriamente comprometido e a delinquência, gradativamente aumentando, o Estado assumiu as rédeas.

Nesse novo sistema, adotado inicialmente pela Igreja, os direitos do indivíduo, no caso, o acusado, não poderiam mais se sobrepor ao interesse maior: o da coletividade. É caracterizado pela inexistência de princípios tais como o contraditório e a ampla defesa e pela concentração das atividades de acusar, defender e julgar na figura do juiz: o juiz inquisidor.

Nessa esteira: “O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual as práticas como a tortura era frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão”.¹⁵

Na medida em que o réu não dispunha de garantias para exercer a sua defesa, contra ele sendo admitidas práticas absolutamente arbitrárias, como a tortura, a fim de arrancar-lhe uma confissão, o indivíduo atua como mero figurante do processo, submetendo-se a condição de absoluta sujeição e não de parte, sujeito de direitos.

Historicamente, o sistema inquisitório apresenta as seguintes características:

a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é funcionário do rei ou autoridade subordinada ao poder governamental; b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado; c) a acusação, que sempre é *ex officio*, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; e) o julgamento é feito com base na prova tarifada; f) a regra é a prisão preventiva do réu; g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo.¹⁶

14 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto: as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 25.

15 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.85.

16 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal: curso completo**. São Paulo: Manole, 2010. p. 34.

Pelo exposto, observa-se que o que efetivamente distingue o sistema acusatório do sistema inquisitorial é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. Os sujeitos processuais - juiz, promotor e acusado – e as suas posições na instrução são decisivas. Assim, são traços característicos do sistema acusatório:

1. A jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre acusador e acusado; 2. A persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução; 3. O acusado é considerado como um sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador; 4. O procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; 5. Na valoração da prova, impera o sistema do livre convencimento, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração das provas apresentadas; 6. A sentença é o resultado de uma votação, que pode tomar por base a vontade expressa pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores.¹⁷

A igualdade dos sujeitos processuais é fator preponderante no sistema acusatório. Nesse sistema também não há lugar para que o juiz aja como parte, como ator. Cabe a ele o papel de analisar exclusivamente os elementos trazidos pelas partes, garantindo a eles a proteção dos seus direitos e garantias.

2.3. O SISTEMA MISTO E O SISTEMA ADOTADO PELO BRASIL

Por sistema misto entende-se como a fusão dos dois sistemas anteriores no sentido de que, haverá nesse sistema uma primeira fase, necessariamente inquisitorial, com produção de provas angariados pela polícia, sem respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, e que podem ser utilizados pelo juiz na segunda fase, fase processual, já amparada por tais princípios.

Apesar de a maioria da doutrina insistir que no Brasil o que vigora hoje é o sistema misto, acredita-se que esta não seja a melhor posição, pois no sistema processual penal, o inquérito policial, que é uma fase pré-processual, é dispensável. Embora, na prática, quase não existam ações penais iniciadas sem a fase do inquérito, na sua essência, este é um procedimento administrativo dispensável. Logo, não há que se falar em sistema bifásico. Seria bifásico se a fase pré-processual fosse obrigatória.

A maioria da doutrina concorda com as seguintes características da investigação policial citadas por Cunha (2012)¹⁸, a saber: sigilo, procedimento eminentemente escrito, ausência do contraditório e ampla defesa, impossibilidade de recusa do condutor da investigação, entre outros. Tais características tem o cunho estritamente inquisitorial.

17 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 38-39.

18 CUNHA, Rogério Sanches; MARQUES, Ivan Luís. **Processo Penal I: Investigação preliminar, ação penal, ação ex delicto**. Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

Entretanto, vai de encontro à essa doutrina o entendimento do STF consubstanciado na Súmula Vinculante nº 14. Veja-se:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.¹⁹

Observa-se que o princípio do devido processo legal é aplicado na fase de inquérito de maneira mitigada, na medida em que a própria súmula vinculante supracitada aduz que somente os elementos de prova já documentados poderão ser livre e irrestritamente acessados pelo defensor.

Apesar disso, não seria correto afirmar que a fase pré-processual é uma fase inquisitorial, pois como características desse sistema têm-se: a inexistência de garantias constitucionais, a não publicidade dos procedimentos, entre outros.

Por isso, entende-se que a Constituição da República de 1988, através de uma interpretação sistemática, adotou o sistema acusatório. Daí, surge a necessidade de se discutir o papel do juiz inquisidor, ainda permitido pelo CPP, como será apresentado em alguns artigos adiante, entendido como aquele que detém poderes para buscar as provas no processo, que, além disso, pode, inclusive, pedir a condenação do réu quando o próprio titular da ação penal pública – o Ministério Público, pede a absolvição deste.

Nesse sentido:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.²⁰

Daí infere-se que não se trata de um sistema acusatório puro, pois conforme exposto no item 1.1 do presente artigo, o nosso Código de Processo Penal sofreu inspiração de códigos autoritários da época em que foi elaborado. Porém, é necessário que seja feita uma releitura do CPP interpretando-o conforme a Constituição, bem como das demais legislações infraconstitucionais. Afinal, as leis devem ser interpretadas à luz dos direitos e garantias introduzidos pela ordem constitucional, e não o contrário.

A mais recente conquista nesse sentido foi que a Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, inseriu o art. 3º-A no Código de Processo Penal, finalmente consagrando o sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro. Ocorre

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. In: MENDONÇA, Ana Cristina; MORAES, Geovane. **Vade Mecum Penal**. 4. ed. Recife: Armador, 2015. p. 1015.

20 LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito Processual Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 14.

que, por força da medida cautelar concedida no bojo das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, a eficácia desse dispositivo está suspensa por tempo indeterminado.

3. DISPOSITIVOS DO CPP QUE CONFEREM PODERES INSTRUTÓRIOS AO JUIZ

Após o advento da Constituição Federal de 1988, as práticas inquisitivas de concentração de poder em uma só pessoa (acusar, defender e julgar) teoricamente, não deveriam mais existir. Ocorre que ranços de um processo inquisitivo ainda são legitimados através de vários dispositivos processuais e servem de fundamentação para diversas decisões judiciais.

São esses os dispositivos que serão analisados a partir desse momento, na tentativa de chamar atenção ao estudo desses temas e da necessidade de fazer-se uma análise sistemática destes, tentando adequá-los a nova realidade de direitos e garantias do réu.

A Constituição deve ser a fonte suprema da construção do direito. É dela que saem todos os parâmetros de interpretação, não podendo mais se admitir que normas jurídicas que a contrariem possam continuar válidas.

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite a sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).²¹

Assim, o Processo Penal deve ser lido à luz da Constituição e os artigos permissivos e inquisitivos do Código de Processo Penal ainda vigente, apesar de anteriores a ela (a maioria), devem ter na Carta Magna um termômetro a fim de, diante do caso concreto, refutar interpretações autoritárias e contrárias às garantias do cidadão.

3.1. O JUIZ INQUISIDOR E A GESTÃO DA PROVA: ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 156 DO CPP

A redação do art. 156 do CPP foi introduzida pela Lei nº 11.690/2008 e assim dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

21 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)²²

Esse artigo permitiu ao juiz, ainda no curso do inquérito policial, determinar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, em medida de cautelaridade extrema, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Da mesma forma, no curso do processo, poderá o magistrado determinar a produção probatória de ofício, para dirimir dúvida sobre algum ponto considerado relevante.

A crítica reside exatamente nos poderes instrutórios conferidos ao juiz, que ferem o sistema acusatório, na medida em que permite que o juiz assuma um papel ativo no sistema de apreciação da prova, busca da prova e outras diligências que são típicas da parte acusadora.

Embora reconhecida a amplitude probatória que esse artigo defere ao magistrado, é necessário ter-se sempre em mente a releitura constitucional pelo qual o processo penal passou. Sendo assim, esse artigo somente poderia ser utilizado baseado em caso de dúvida essencial – casos extremos e excepcionais.

Nesse sentido:

(...) trata-se, por força de um processo penal democrático que se procura implementar, de medida excepcional, cabível somente quando as contradições ou mesmo obscuridades existentes – não superáveis por outros elementos probatórios – forem a tal ponto relevantes, que qualquer convicção do juiz restaria prejudicada, tornando-se imperiosa, assim, a tentativa de obtenção de um melhor acerto fáctico.²³

Mas não é o que ocorre na prática. O juiz, amparado por esse dispositivo, por vezes, se propõe a exercer a função que não é dele e passa a agir como verdadeiro inquisidor, em busca de elementos que sirvam de base para a fundamentação de sua sentença, que, na maioria das vezes, é condenatória.

A redação anterior do artigo 156 já conferia certa margem de liberdade, mas a reforma trazida pela Lei nº 11.690/2008, após a promulgação da Constituição Federal, foi além e incluiu o inciso I, permitindo que o juiz - de ofício – ordene, mesmo na fase pré-processual a produção de provas urgentes e relevantes.

Há também um elevado grau de subjetividade nesse artigo, pois os conceitos e critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade são vagos e imprecisos, o que, de certa forma, corroboram e legitimam o ativismo judicial.

22 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

23 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 184-185.

Uma parcela da doutrina sustenta que esse inciso é um retrocesso ao processo penal, pois legitima o juiz-instrutor-inquisidor, além de inconstitucional. Veja-se:

O juiz não tutela nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (art. 395 e art. 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.²⁴

Seguindo essa linha de raciocínio, nenhuma diligência deveria ser tomada pelo magistrado em fase de investigação criminal, porque, nessa fase, que é pré-processual, não deveria haver qualquer ingerência jurisdicional. Isso se deve porque, por ocasião da sentença, o juiz não está atrelado a nenhum elemento de prova colhido na fase de investigação, a não ser aquelas irrepetíveis, nem poderá embasar a sua decisão exclusivamente nelas.

Mendonça (2008)²⁵ também tem o entendimento de que o inciso I, do artigo 156, do CPP seria inconstitucional, pois esse dispositivo legal, ao autorizar que o juiz possa, de ofício, ordenar a produção antecipada de provas antes que seja instaurada a ação penal, importaria em violação da inércia que é princípio inerente à atividade jurisdicional nessa fase pré-processual.

Continua o autor afirmando que seria o mesmo que o magistrado atuar como “verdadeiro juiz inquisidor”, e remete o leitor ao julgamento da ADI 1.570-2 (12.04.2004)²⁶ pelo Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o artigo 3º da Lei n. 9.034/95 – Lei de combate às Organizações Criminosas -, que autorizava ao juiz a realização de diligências pessoalmente.

O Supremo Tribunal Federal afirmou na ocasião que a busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizados pessoalmente pelo magistrado comprometia o princípio da imparcialidade e do devido processo legal e que, agindo dessa forma, o juiz assumiria funções de investigador e inquisidor.

Fazendo uma analogia, temos que o inciso I do art. 156 do CPP traduz o mesmo sentido e permite as mesmas funções rechaçadas pelo STF no julgamento

24 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 336.

25 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Editora Método, 2008.

26 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 1.570-2. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>. Acesso em: 22 de jul 2023.

da ADI 1.570-2 supracitada, devendo este, desta forma, ser também declarado inconstitucional.

Quanto ao inciso II do mesmo art. 156 do CPP, entende-se que a dúvida seja acerca uma qualidade ou idoneidade da prova trazida à persecução penal. Nunca sobre a ausência total de provas. Se é ausente, não existe e por isso, não há como se chegar a uma conclusão e muito menos, se ter dúvidas.

3.2. O JUIZ E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA: A PROBLEMÁTICA DO ART. 366 DO CPP

O sistema inquisitorial tem suas bases firmadas na discricionariedade e no protagonismo do juiz, agindo com um verdadeiro ator no curso do processo, inquirindo testemunhas e buscando as provas para fundamentar a sua decisão que, na maior parte das vezes já está pré-concebida.

O sistema inquisitório está presente em vários dispositivos do nosso Código de Processo Penal, de 1941, que legitima poderes instrutórios ao juiz, e um deles é a possibilidade de o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

Com efeito, dispõe o artigo 366 do CPP:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996) ²⁷

Esse dispositivo dá uma liberdade muito grande ao magistrado e um valor muito grande à prova, na medida em que um elemento que, a priori, seria produzido meramente como ato investigatório (fase pré-processual, sem valor probatório para, sozinho, embasar uma sentença), passe a ter o mesmo valor daquele colhido na fase processual.

E mais. Observa-se aqui a problemática de conceitos vagos e indeterminados. O que se considera provas urgentes? A matéria não está disciplinada no Código de Processo Penal, e os conceito de prova antecipada carece de limites de cabimento e forma de produção.

Lastreado nos ditames do Estado Democrático de Direito e em todos os princípios constitucionais a ele inerentes, deve-se entender a produção antecipada em casos de extrema necessidade e excepcionalidade, somente podendo ser determinada se concretamente fundamentada, não podendo o juiz basear-se em

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

argumentos vagos, embora o próprio artigo seja permissivo e dê margens para interpretações diversas.

Nesse sentido, a Súmula nº 455²⁸ do STJ veio a reforçar a posição que deve ser buscada: a de que a produção antecipada de provas deve ser justificada pela impossibilidade de ser repetida e juízo e somente se for uma prova imprescindível ao deslinde do processo.

Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado de que a produção antecipada de prova nos termos do art. 366 do CPC justifica-se quando o juiz entender que a situação em concreto assim recomenda e tal faculdade decorre do poder geral de cautela.

Em recentíssima decisão da Primeira Turma do STF:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - Agravo regimental em Recurso ordinário em habeas corpus. Produção antecipada de provas. Ausência de ilegalidade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1- A Orientação Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “toda produção antecipada de provas realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita a sua necessidade concreta, devidamente fundamentada. [...] Cabe ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP)” (HC 109.728, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 2- Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RHC-Agr 227895 - 1ª T. - Rel. Roberto Barroso - J. 17.07.2023)²⁹

Streck e Oliveira (2012)³⁰, se mostram definitivamente contrários à justificativa (que não é recente) dada pela Suprema Corte de que a determinação da produção antecipada de provas está ao alvedrio do juiz. Segundo os autores, tal entendimento se justifica a partir do velho princípio da verdade real.

3.3. O ART. 385 DO CPP: PODE O JUIZ CONDENAR QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE ABSOLVIÇÃO?

Um dos dispositivos mais contrastantes do atual sistema acusatório, o art. 385 do CPP dispõe que o juiz poderá proferir sentença condenando o réu ainda que o Ministério Público, titular da ação penal e maior interessado no processo, já que faz além do papel de acusador (faz também o papel de *custus legis*) tenha opinado pela absolvição.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero descurso do tempo. In: MENDONÇA, Ana Cristina; MORAES, Geovane. **Vade Mecum Penal**. 4 ed. Recife: Armador, 2015. p. 1023.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC. **AgR 227895**. Rel. Rel. Roberto Barroso, julgado em 17.07.2023. Disponível em: <<https://online.sintese.com/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I00C5B2213C0F52DFE0636370C90A9299¬a=0&tipodoc=6&esfera=8&ls=2&index=1#@Art>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

30 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto: as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Ora, não pode o magistrado condenar o réu diante de pedido de absolvição do titular da ação penal, porque isto fere o dever objetivo de imparcialidade, ofende o devido processo legal e viola o sistema acusatório, que prevê um processo penal de partes.

Nesse entendimento:

Em plena vigência de autonomia-democrática do direito em detrimento do ativismo-subjetivista, aplicar às cegas o vetusto Código de Processo Penal quarentista, sem que antes se proceda a uma filtragem constitucional, é um enorme retrocesso a tudo que já foi conquistado pelo constituinte 1986-88. (...). Traçadas estas linhas reiteramos o questionamento: Pode o juiz condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? É evidente que não! Mas, infelizmente, aos refratários da oxigenação constitucional, a resposta é positiva. E quando o refratário é o julgador (inquisidor-paranóico) ao réu só resta rezar e esperar por um milagre.³¹

O Estado, em seu papel de garante tem o direito à pretensão punitiva sim, desde que o processo penal seja íntegro em todos os seus aspectos. Se o acusador deixar de exercer a sua pretensão acusatória – pedindo, como no caso ora analisado, a absolvição do acusado, o juiz, no modelo ideal deveria absolvê-lo imperativamente.

Em sendo o Ministério Público o titular da pretensão acusatória, não pode o Estado, exercer o seu poder de punir sem a anuência do primeiro, pois trata-se de um poder de punir condicionado. Como assevera Lopes Júnior (2014)³², como consequência a essa condição exercida exclusivamente pelo Ministério Público, não poderia o juiz condenar sem a necessária invocação do órgão competente, pois caracterizaria assim o mais claro retrocesso ao modelo inquisitório.

No sistema acusatório, acusador tem a pretensão acusatória. É dele – o Ministério Público – o exercício fundamental para dar início ao processo. Ao juiz cabe a função de julgar e através dele o Estado exerce o seu direito de punir (*jus puniendi*). O magistrado deve esperar (princípio da inércia) essa invocação por parte do acusador.

Portanto, o disposto no artigo 385 do CPP viola o sistema acusatório constitucional, posto que prevê a possibilidade de o magistrado condenar o réu ainda que o membro do Ministério Público peça a sua absolvição. Assim, sustenta a doutrina garantista que esse dispositivo é inconstitucional.

Posto que no sistema acusatório a separação das figuras do promotor e julgador exerce a função dupla de garantia. De um lado, a garantia que o acusado tem de ser acusado por um promotor natural e, de outro, a garantia que este mesmo indivíduo possui de ser julgado por um juiz imparcial.

31 SALLES, Jean; LOPES, Karina C. B. **À espera de um milagre**: com um juiz inquisidor, só Deus como zagueiro pode ter uma chance, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/8008267/%C3%80_espera_de_um_milagre_com_um_juiz_inquisidor_s%C3%B3_Deus_como_defensor_pode_ter_uma_chance.>. Acesso em: 19 jul. 2023.

32 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Assim, o pedido de absolvição equivale à desistência da pretensão punitiva, que como aqui já analisado, é exclusiva do acusador. Em outras palavras, significa dizer que o Ministério Público não quer mais proceder contra aquele determinado indivíduo. Dito isto, não poderia o juiz sentenciar condenando o indivíduo, por falta de uma condição essencial.

Se o juiz insistir em manter o poder punitivo do Estado mesmo após a desistência da acusação, a sua imparcialidade resta comprometida, bem como todos os demais princípios aqui analisados, caracterizando-se assim, o juiz inquisidor.

Como já analisado nesse artigo, no sistema acusatório cada um tem um papel e uma função bem definida. A do juiz é a de analisar as provas e os fundamentos legais suscitados no processo. A partir do momento em que ele questiona as razões do acusador em pedir a absolvição, decidido está em condenar o acusado. Assume, pois, uma função que não lhe compete.

A parte final do artigo 385 do CPP vai além e dispõe que o juiz pode reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Ao reconhecer, de ofício, agravantes que não foram sequer levantadas em denúncia, o magistrado acusa e depois ele mesmo julga e condena, atuando como um verdadeiro ator do processo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um sistema de garantias ao acusado no curso do processo penal. Até pouco tempo antes desse marco, o Estado, na busca do seu dever-poder de punir, e na ânsia de dar uma resposta à sociedade que, na maior parte das vezes, pugna pela prisão do réu, não se importava muito com o papel do cidadão na *persecutio criminis*.

Mas após a promulgação da Carta Magna e com a mudança do paradigma interpretativo, onde a hermenêutica constitucional vem ganhando cada vez mais destaque, em detrimento do juiz “boca da lei”, a interpretação das leis conforme a Constituição faz-se medida urgente e necessária.

Não seria diferente no âmbito do Direito Processual Penal, afinal, devem a Constituição e o Processo Penal andarem lado a lado, na busca de promover um processo justo e imparcial. Isso porque é inegável o papel da Constituição como norteador de todo o sistema jurídico, e garantidor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado-juiz e necessária uma releitura de todo o processo penal sob o prisma constitucional.

Ocorre que o nosso diploma processual penal, o Código de Processo Penal, é datado de 1941, ou seja, em data bem anterior à nossa Constituição e, por essa razão, foi fortemente marcado por influências autoritárias e inquisitivas, de Códigos

gos de outros Estados que não estavam preocupados em garantir o bom processo, mas, tão somente combater a criminalidade a mãos de ferro.

Nesse sentido, a realidade histórica à época do nosso ainda vigente Código de Processo Penal era de regime fascista, marcado pela não participação da sociedade na conjuntura política, com bases restritivas de direitos e garantias das liberdades individuais.

Assim, principalmente por este motivo, e apesar das inúmeras alterações legislativas promovidas pelo legislador ao longo dos anos, no sentido de tentar flexibilizar o caráter autoritário do nosso código processual penal, em especial as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, alguns dispositivos ainda estão em verdadeiro descompasso com a nova ordem do Estado Democrático de Direito.

Da análise dos dispositivos do Código de Processo Penal que foram delimitados e separados em tópicos - não por serem os únicos que tratam da atuação do juiz inquisidor, mas por falta de espaço para uma abordagem mais ampla - restou claro que são problemáticos e confrontantes com a atual ordem vigente.

Dito isto, pode-se concluir que, apesar de várias reformas já realizadas desde 1941, o Código de Processo Penal brasileiro encontra-se superado. Superado pelo decurso do tempo bem como por incompatibilidade com o contexto de direitos e garantias individuais (muitas delas referentes propriamente ao processo penal) introduzidos pela Carta Magna, em 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENA FILHO, Paulo Ricardo. **O juiz gestor: entre o imaginário e a realidade**. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016. doi:10.11606/D.107.2017.tde-01092017-091445. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/D.107.2017.tde-01092017-091445>> Acesso em: 23 jul. 2023.

BARBOZA, Ana Paula Bressani Peixoto. **Poderes do juiz e garantismo processual**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi:10.11606/D.2.2020.tde-01052021-201435. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/D.2.2020.tde-01052021-201435>> Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. In: MENDONÇA, Ana Cristina; MORAES, Geovane. **Vade Mecum Penal**. 4 ed. Recife: Armador, 2015. p. 1023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 1.570-2**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>>. Acesso em: 22 jul 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC. AgR 227895**. Rel. Rel. Roberto Barroso, julgado em 17.07.2023. Disponível em: <<https://online.sintese.com/pages/core/coreDocuments.jsf?guid=I00C5B->

2213C0F52DFE0636370C90A9299¬a=0&tipodoc=6&esfera=&ls=2&index=1#@Art>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 jul. 2023.

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

CUNHA, Rogério Sanches; MARQUES, Ivan Luís. **Processo Penal I**: Investigação preliminar, ação penal, ação ex delicto. Coleção Saberes do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

CURY, Nayara Ghalie. **O princípio da imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz no processo penal**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi:10.11606/D.2.2020.tde-05052021-200055. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/D.2.2020.tde-05052021-200055>> Acesso em: 23 jul. 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito Processual Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2011.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS

RICARDO DOS SANTOS CASTILHO¹
PEDRO HENRIQUE MOREIRA SIMÕES²

1. INTRODUÇÃO

Hoje, não se pode mais ter dúvidas a respeito da natureza de direito fundamental do direito ao contraditório.

Tal natureza jurídica do direito fundamental ao contraditório encontra amparo constitucional na norma do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, no Brasil e em quase todos os demais países do Mundo, os seres humanos vivenciam uma revolução digital, esta que pode ser compreendida “como mais uma das etapas internas do mundo moderno”³, fato que, de um lado, proporciona aspectos positivos, como a possibilidade de acesso a conteúdos e aplicativos de diversas espécies na rede mundial de computadores (*Internet*) e nas redes sociais, mas, por outro lado, infelizmente, abriu espaço para o cometimento de delitos virtuais.

Logo, não restam dúvidas de que há necessidade de regulamentação normativa da utilização dos recursos cibernéticos pela sociedade, incluindo a tutela penal de direitos fundamentais à honra objetiva e subjetiva, à intimidade, à privacidade, à imagem, entre outros.

A questão que se coloca é: há necessidade de regulamentação normativa da relação entre o ser humano e os recursos cibernéticos que este utiliza. O afã na necessidade dessa regulamentação normativa, sobretudo na seara penal, está respitando o direito fundamental ao contraditório?

1 Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (USP) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Advogado. – ricardo.castilho@unialfa.com.br

2 Procurador do Estado de Rondônia e advogado. Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). MBA em Licitações e Contratos pela Faculdade Polis Civitas, Curitiba – PR. - pedrohmsimoes@yahoo.com.br

3 BITTAR, Eduardo C. B. A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito in **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 02, 2019, p. 935.

Quando se fala em perdas de bens materiais e imateriais, incluindo vidas humanas, não se pode negar que tal questão goza de relevância jurídica, profissional e acadêmica, haja vista que todo e qualquer fenômeno natural que causar qualquer consequência jurídica é um fenômeno jurídico.

Por todo o exposto, definiu-se a seguinte problemática: o direito fundamental ao contraditório está sendo respeitado na tutela penal dos crimes cibernéticos?

Por conseguinte, definiu-se o seguinte objetivo geral de analisar o direito ao contraditório como direito fundamental de acusados e réus nos crimes cibernéticos. Igualmente, definiu-se o seguinte objetivo específico: como tornar efetivo o direito fundamental ao contraditório nos processos que dizem respeito a crimes cibernéticos no Estado Brasileiro?

Em relação aos aspectos metodológicos, importa salientar que a pesquisa tem um objetivo exploratório. Por conseguinte, a pesquisa sofreu um corte metodológico com vista a delimitar o objeto e estabelecer as premissas gerais, as específicas, e verificar os fatores que influenciam de forma direta ou indireta o resultado, evidenciando, assim, o caráter qualitativo da pesquisa bem como o delineamento bibliográfico e documental.

Pelo exposto, é possível constatar como principais resultados que o direito ao contraditório nos crimes cibernéticos é direito fundamental da pessoa humana decorrente do direito fundamental à presunção do estado de inocência.

Por fim, o desenvolvimento está organizado em três seções: na primeira será abordado, de modo geral, o conceito de crime cibernético e sua contextualização. Na segunda seção será explicitado sobre o direito ao contraditório como direito fundamental da pessoa humana quando esta está sendo acusada de cometer crime cibernético.

Na terceira, há a análise de como compatibilizar a necessidade de rápida regulamentação e tutela penal dos crimes cibernéticos com o direito fundamental ao contraditório.

Ainda, importa ressaltar que se trata de um assunto vasto, logo, as conclusões aqui alcançadas não têm um condão de esgotar o tema.

2. ABORDAGEM GERAL SOBRE OS CRIMES CIBERNÉTICOS

O surgimento da rede mundial de computadores, a *Internet*, deu origem a novos meios de interação social, os quais também estão sujeitos à marginalização e à criminalidade.

Não se pode negar que a liberdade de expressão é um importantíssimo direito fundamental pelo qual a humanidade muito lutou. No entanto, a extrapolação de limites quando se exerce a liberdade de expressão pode gerar ofensas a outros direitos fundamentais, como a honra subjetiva e objetiva, a imagem, a privacidade e à intimidade e os danos causados à vítima são potencialmente aumentados quando o instrumento pelo qual se comete o delito é o ambiente virtual.

Há uma tênue linha que separa a liberdade de expressão da arbitrariedade, de modo que a lei e o seu respectivo legislador devem procurar resguardar e tutelar o bem jurídico de um indivíduo sem, com isso, oprimir bens jurídicos de outros indivíduos.

Hodiernamente, a rede mundial de computadores (*internet*), junto com as diversas redes sociais, está sendo comumente utilizada para a prática delitiva, com especial destaque para o exponencial aumento dos crimes contra a honra (como a calúnia, a difamação, a injúria, a injúria racial), a xenofobia, crimes de natureza sexual, entre outros.

Sob outro aspecto, além da tutela constitucional dos direitos fundamentais, também existe a discussão a respeito do bem jurídico penal, cujo conceito é resultado de uma construção doutrinária fruto de intenso trabalho acadêmico de mais de 02 (dois) séculos.

Prova disso pode ser encontrada na clássica obra de Cesare Beccaria⁴ quando este célebre jurista, em 1764, sugeriu a necessidade de uma pena produzir algum bem para ser justa.

No Brasil, não há qualquer dúvida no sentido de que a Constituição Federal de 1988, alcunhada pelo então Deputado Federal e Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 de “Constituição Cidadã”, conferiu profunda valoração ao assim chamado bem jurídico penal e sobre tal valoração e a respeito da evolução histórica das criminalizações no Direito Penal Brasileiro.

Uma das questões que estão estabelecidas hoje, no Brasil, é: como realizar o melhor controle legal sobre as atividades e as interações sociais realizadas na *internet* se é que é possível que esse controle seja feito?

De qualquer modo, ainda que não se possa encontrar uma resposta a questão acima colocada, não se pode deixar jamais de tutelar com o máximo controle possível os bens jurídicos a serem protegidos com o constante e já incorporado uso das redes sociais pelos indivíduos no âmbito da sociedade brasileira.

4 **Dos Delitos e Das Penas.** São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 37.

Abaixo, propõe-se a realização de uma análise a respeito dos conceitos jurídicos de crimes cibernéticos (ou *cyber crimes*) para, a partir de então, analisarmos a relação destes com a tutela jurídica do Direito ao Contraditório como um dos direitos fundamentais mais emblemáticos, sobretudo na seara penal.

2.1. DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Diante do que trouxemos até aqui, pode-se conceituar como crime cibernético a modalidade delitiva que se utiliza dos meios telemáticos para o cometimento de delitos.

Não se pode ter mais dúvidas a respeito da relação entre os crimes cibernéticos e a inteligência artificial com seus respectivos algoritmos.

Os algoritmos são semelhantes às funções algébricas, são expressões matemáticas que dão comandos ao programa, pela definição há “uma entrada (*input*), a partir da qual apresentamos os dados a serem processados, uma saída (*output*) [...]”⁵.

Desse modo, infere-se que se trata de uma receita em que a fórmula vai agir no corpo de dados para se extrair o resultado almejado⁶.

Assim, para o propósito deste artigo, a significação adotada para o termo algoritmo será “procedimento codificado para a transformação do dado inserido para o dado desejado, com base em cálculos específicos”⁷.

Já o aprendizado de máquinas (ou *machine learning*) pode ser conceituado como um sistema que “possibilita com que os computadores, utilizando-se de algoritmos, reconheçam padrões e previsões sobre determinado fato e/ou acontecimento e tomem decisões de forma natural, [...]”⁸.

Dessa forma, “certos algoritmos, incluindo aqueles que usam a técnicas como aprendizado de máquina, são ‘treinados’ a partir de um vasto banco de dados, que permite ao algoritmo classificar e ‘generalizar além dos exemplos do programa de treinamento’” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa].

5 GILLESPIE, Tarleton. Algorithm. In: **Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture**, edited by Ben Peters (Princeton: Princeton University Press, 2016). Disponível em: <<http://culturedigitally.org/wp-content/uploads/2016/07/Gillespie-2016-Algorithm-Digital-Keywords-Peters-ed.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2021

6 At its most basic level, an algorithm is a set of instructions, “a recipe composed in programmable steps,” designed for the purpose of “organizing and acting on a body of data to quickly achieve a desired outcome.” (MOLNAR; GILL, *Bots at the Gate: a human rights analysis of automated decision-making in Canada’s immigration and refugee system*. 2018. Disponível em: <<https://it3.utoronto.ca/wp-content/uploads/2018/10/20180926-IHRP-Automated-Systems-Report-Web.pdf>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2021, p. 09).

7 “Encoded procedures for transforming input data into the desired output, based on specific calculations.” (GILLESPIE *apud* PRIVACY INTERNATIONAL AND ARTICLE 19, 2018, p. 06).

8 DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência artificial e inovação tecnológica: as necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 10, p. 19985-20001, 2019. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/3863/3652>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

Uma consequência do aprendizado de máquinas é o aprendizado profundo (*Deep Learning*) que visa imitar como o cérebro humano constrói o processo decisório ou o pensamento de modo que há múltiplas camadas de algoritmo agindo para se obter um resultado⁹.

Noutro giro, ressalva-se que “a efetividade da tecnologia da IA depende da qualidade do banco de dados utilizado em seu treinamento, o qual é inevitavelmente incompleto, em que pese haja o mito de haver um que seja completo” [tradução nossa]¹⁰.

Para mitigar as falhas no banco de dados é importante que haja um corte metodológico preciso, pois “a qualidade dos dados de treinamento impacta na qualidade do dado obtido” [tradução nossa]¹¹. A exemplo disso,

Se um sistema de IA é desenvolvido especificamente para os refugiados sírios em um contexto particular, esse sistema seria mais apto e também há a possibilidade de haver uma menor taxa de erro do que um sistema de IA desenvolvido para todos os refugiados universalmente [tradução nossa]¹².

Sobre essa questão importa ressaltar que, “no padrão prático, o aprendizado de máquinas assume que o futuro será como o passado. Quando o passado é injusto, enviesado, o aprendizado de máquina irá propagar esses vieses e realçá-los por meio de *feedback loops*” (Companhia Canadense Íntegra IA, apud MOLNAR GILL, 2018, p. 09) [tradução nossa]¹³.

3. DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Consoante o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Na preciosa lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o Princípio do Contraditório sempre foi compreendido como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los¹⁴. Seguindo esse importante conceito, o núcleo fundamental do contraditório está vinculado à discussão

9 ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, inteligência artificial e o direito**. In: *Conjur*, 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2021

10 “The effectiveness of AI technology depends on the quality of the data set it is trained on, and inevitably data sets are incomplete, though there is a myth of having one that is complete.” (WRIGHT; VERITY, 2020, p. 15).

11 *The quality of the training data impacts the quality of the output data*. (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09).

12 For example, if an AI system is being developed specifically for Syrian refugees in a particular local context, the system would be more adaptable and have the potential to have a much lower error rate than if an AI system is built for all refugees universally” (WRIGHT; VERITY, 2020, p. 17).

13 As a recent report from the Canadian company, Integrate.ai points out, “[I]n standard practice, machine learning assumes the future will look like the past. When the past is unfair or biased, machine learning will propagate these biases and enhance them through feedback loops.” (MOLNAR; GILL, 2018, p. 09).

14 *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

dialética dos fatos de uma demanda, devendo ser assegura, às partes, não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados ao longo do processo. Por esse motivo, a doutrina utiliza a expressão “audiência bilateral”, consubstanciada na expressão latina *audiatur et altera pars* que pode ser traduzida como “*seja ouvida também a parte adversa*”¹⁵.

Pode-se afirmar, portanto, que existem 02 (dois) elementos do contraditório, quais sejam: (1) o direito à informação e (2) o direito à participação.

Em outras palavras, o contraditório pode ser conceituado como a informação necessária às partes para que estas possam reagir a atos desfavoráveis.

O direito à informação, destarte, é consectário lógico do direito ao contraditório. Não é possível conceber a existência de um processo penal eficaz e minimamente justo sem que uma das partes seja cientificada de que existe uma demanda e / ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais (citação, intimação e notificação) e da efetiva utilização dos mesmos pelos órgãos do Poder Judiciário e de outras instituições vinculada com o Sistema de Justiça. É da importância de se observar e cumprir o direito do contraditório que surgiu a importante Súmula 707 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual “constitui nulidade a falta de intimação do demandado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

O direito à efetiva participação também deriva do contraditório e confere, às partes, a possibilidade de oferecerem reação, manifestação ou mesmo contrariedade à pretensão da parte adversa.

Originalmente, o Princípio do Contraditório era entendido como uma mera possibilidade de reação, ou seja uma reação possível. No entanto, a mudança de concepção ao redor do significado do Princípio da Isonomia, com a superação da ideia de igualdade formal e a crescente busca da desigualdade material ou substancial trouxe a necessidade de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da desigualdade, isto é, igualar os desiguais, circunstância esta que repercutiu, também, no Princípio do Contraditório.

Logo, o contraditório deixou, assim, de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais, transformando-se em uma realidade, obrigando aos órgãos aplicadores do direito que assegurem uma real e igualitária

Não é possível condenar alguém sem que seja observado e garantido o direito ao contraditório. Vai nesse diapasão o entendimento jurisprudencial, confira-se:

15 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2017, p. 51.

“(…)

Da obra antes citada extraio que **“a comunicação dos atos processuais (intimação, citação, notificação) é instrumento a serviço da eficácia dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 17ª edição, p 587), e se a comunicação foi inviabilizada, concluo que já de saída houve violação a aludidos postulados. Mais significativo, no entanto, é o fato de que a inicial da queixa-crime está amparada unicamente na versão fornecida pelo Querelante, que não me parece suficiente para instaurar a fase persecutória, sem que ao menos tenha sido ouvida a parte adversa, que no caso se faz necessária para aquilatar a presença do dolo na conduta do Querelado, ainda que de forma indiciária.** Em caso análogo, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: [...] 1. Para a configuração dos crimes contra a honra, exige-se a demonstração mínima do intento positivo e deliberado de ofender a honra alheia (dolo específico), o denominado animus *caluniandi, diffamandi vel injuriandi* (...)”

(TJSP, Recurso em Sentido Estrito nº 1034613-10.2022.8.26.0050, Origem: 24ª Vara Criminal Central da Capital, Voto nº 49.417, Relator Desembargador Francisco Orlando, destaques nossos).

Logo, sem a observância do contraditório, não há como dar prosseguimento a qualquer processo penal, incluindo os que apuram condutas delitivas e responsabilidades nos crimes cibernéticos.

Mesmo no afã de se apurar, se punir e coibir a prática de delitos virtuais, devem o legislador e os aplicadores do Direito Penal e Processual Penal observar o direito ao contraditório.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento da rede mundial de computadores, a *Internet*, levou à origem meios de interação social, os quais também estão sujeitos à marginalização e à criminalidade.

A liberdade de expressão é um importantíssimo direito fundamental pelo qual a humanidade muito lutou. No entanto, a extrapolação desses limites quando se exerce a liberdade de expressão tem a aptidão de gerar ofensas a outros direitos fundamentais, como a honra subjetiva e objetiva, a imagem, a privacidade e à intimidade e os danos causados à vítima são potencialmente aumentados quando o instrumento pelo qual se comete o delito é o ambiente virtual.

Há uma tênue linha que separa a liberdade de expressão da arbitrariedade, de modo que a lei e o seu respectivo legislador devem procurar resguardar e tutelar o bem jurídico de um indivíduo sem, com isso, oprimir bens jurídicos de outros indivíduos.

Hodiernamente, a rede mundial de computadores (*internet*), junto com as diversas redes sociais, é utilizada para a prática delitiva, com especial destaque para o exponencial aumento dos crimes contra a honra (como a calúnia, a difamação, a injúria, a injúria racial), a xenofobia, crimes de natureza sexual, entre outros.

Sob outro aspecto, além da tutela constitucional dos direitos fundamentais, também existe a discussão a respeito do bem jurídico penal, cujo conceito é resultado de uma construção doutrinária fruto de intenso trabalho acadêmico de mais de 02 (dois) séculos.

No Brasil, não há qualquer dúvida no sentido de que a Constituição Federal de 1988, alcunhada pelo então Deputado Federal e Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 de “Constituição Cidadã”, conferiu profunda valoração ao assim chamado bem jurídico penal e sobre tal valoração e a respeito da evolução histórica das criminalizações no Direito Penal Brasileiro.

É muito importante que os crimes cibernéticos sejam investigados e punidos para a coibição dessa prática delitativa. No entanto, é igualmente necessário que seja respeitado o direito ao contraditório, que tem *status* de direito fundamental e garantia constitucional.

Existem 02 (dois) elementos do contraditório, quais sejam: (1) o direito à informação e (2) o direito à participação.

Em outras palavras, o contraditório pode ser conceituado como a informação necessária às partes para que estas possam reagir a atos desfavoráveis.

O direito à informação, destarte, é consectário lógico do direito ao contraditório.

Não é possível conceber a existência de um processo penal eficaz e minimamente justo sem que uma das partes seja cientificada de que existe uma demanda e / ou dos argumentos da parte contrária.

Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais (citação, intimação e notificação) e da efetiva utilização dos mesmos pelos órgãos do Poder Judiciário e de outras instituições vinculada com o Sistema de Justiça.

O direito à efetiva participação também deriva do contraditório e confere, às partes, a possibilidade de oferecerem reação, manifestação ou mesmo contrariedade à pretensão da parte adversa.

A necessidade de se apurar e de se combater os crimes cibernéticos, cada vez mais comuns em nosso País, não pode deixar de garantir, às partes, o direito ao contraditório e essa observância deve nortear a atividade do legislador e dos operadores do Direito Penal e Processual Penal no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito** in Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 02, 2019, p. 935

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL, **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL, **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União de 23 de março 1964, retificado em 9 abril 1964 e retificado em 3 junho 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm> Acesso em: 26 jan. 2018

BRASIL, **Lei n.13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil (CPC). Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n.1.717** –Distrito Federal. Requerente: Partido Comunista do Brasil; Partido dos Trabalhadores; Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento em: 07 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 66**. Órgão Julgador: 1. Seção. Julgamento em: 15/12/1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-659-de-26-de-outubro-de-2021>>. Acesso em 07 jan. 2022

BRASIL, Tribunal Regional da 14ª Região. **Guia do Advogado**. 2021? Disponível em: <https://pje.csjt.jus.br/manual/index.php/Manual_Advogado>. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRITO, Edvaldo **Direito tributário e constituição**: estudos e pareceres [livro eletrônico] – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Adriana Fiorotti et al. PESQUISA CIENTÍFICA NAS CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS: uma contribuição sobre o uso do banco de dados. In: **IV Encontro Internacional de Gestão, Desenvolvimento e Inovação, de 03 a 06 de novembro de 2020 (Edição online) - IV EIGEDIN, 2020**. Disponível em: <<https://desafioonline.ufms.br/index.php/EIGEDIN/article/download/11189/8418/>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 18, de 28 de agosto de 2012**. Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC. Brasília: CNJ, 28 ago. 2012. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1296> Acesso: 8 fev. 2021.

DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência artificial e inovação tecnológica: as necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 10, p. 19985-20001, 2019. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/3863/3652>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

DE OLIVEIRA, Ariane Fernandes et al. A COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS ATRAVÉS DA CITAÇÃO E INTIMAÇÃO. **JICEX**, v. 5, n. 5, 2017. Disponível em: <<http://santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1261>>. Acesso 30 out. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. – 20. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado** – 2. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, inteligência artificial e o direito**. In: **Conjur**, 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

GILLESPIE, Tarleton. Algorithm. In: **Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture**, edited by Ben Peters (Princeton: Princeton University Press, 2016). Disponível em: <<http://culture-digitally.org/wp-content/uploads/2016/07/Gillespie-2016-Algorithm-Digital-Keywords-Peters-ed.pdf>>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza)

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2017

LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil: sistematizado** [livro eletrônico]. – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2** [livro eletrônico]. – 3.ed. rev. Atual. emp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel García. **Direito processual civil moderno** [livro eletrônico]. – 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOLNAR, Petra; GILL, Lex. **Bots at the Gate: a human rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system**. 2018. Disponível em: <<https://it3.utoronto.ca/wp-content/uploads/2018/10/20180926-IHRP-Automated-Systems-Report-Web.pdf>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2021

NUNES, Dierle; ANDRADE, Tatiane Costa de. **Recuperação de Créditos: A Virada tecnológica a serviço da Execução por Quantia Certa, Teoria e Prática**. Editora Expert, 2021. Disponível em: <<https://experteditora.com.br/recuperacao-de-creditos-a-virada-tecnologica/>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo de execução, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias, volume 2** [livro eletrônico]. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

PRIVACY INTERNATIONAL; ARTICLE 19. **Privacy and freedom of expression in the age of artificial intelligence**. 2018. Disponível em: <<https://privacyinternational.org/report/1752/privacy-and-freedom-expression-age-artificial-intelligence>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2021

SILVA, Geylsson Nascimento; DE ARRUDA, José Nilton Conserva. **TESTE DE TURING: UM COMPUTADOR É CAPAZ DE PENSAR?** In: **Anais do IV Congresso Nacional de Pesquisa e ensino em Ciências - CONAPESC**, Campina Grande: Editora Realize, 2019. ISSN: 2525-6696. Disponível em: <http://editorarealize.com.br/editora/anais/conapesc/2019/TRABALHO_EV126_MD1_SA18_ID410_11082019192508.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

WRIGHT, Jasmine; VERITY, Andrej. **Artificial Intelligence Principles For Vulnerable Populations in Humanitarian Contexts**. In: **Digital Humanitarian Network**, 2020. Disponível em: <<https://www.digitalthumanitarians.com/artificial-intelligence-principles-for-vulnerable-populations-in-humanitarian-contexts/>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

RAZÃO PRISIONAL: A EMERGÊNCIA DA PRISÃO NA OBRA FOUCAULTIANA

SAMUEL MEDEIROS ANDREATTA¹

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo trabalhamos com a “emergência”² da razão de vida prisional na teoria foucaultiana a partir de três obras principais: “Teorias e Instituições Penais”, “Sociedade Punitiva” e “Vigiar e Punir”. Desde logo cabe asseverar a opção pelo emprego do termo “razão de vida prisional”³ ao invés do termo “prisão”, como uma tomada de posição. O que Foucault⁴ procura destacar é um conjunto de práticas que se desenrolam no cenário da guerra civil, e que levam à Sociedade Punitiva ou à Sociedade Disciplinar. A novidade da instituição prisão não é apenas um estudo da instituição per-se. Como destaca Valverde: “nosso olhar analítico deve se concentrar nas práticas, práticas como o exame de **juízo normalizante**, que circula facilmente nas instituições e que deveria ser estudado independentemente dessas instituições.”⁵ (meu grifo). Algumas táticas que expressam esse julgamento normalizante são sistematizadas em um tripé que sustenta a guerra civil como seu local de retransmissão, através do desígnio razão de vida prisional, o termo se aproxima daquilo que Harcourt nomeia de “forma-prisão”⁶.

Neste mesmo sentido, Rabinow e Dreyfuss postulam em sua análise sobre a forma prisão: “Um dos pontos centrais é que as prisões, elas mesmas, assim como os tratados sobre a forma ideal de punição, são apenas as expressões claramente articuladas de práticas mais generalizadas para disciplinar indivíduos e po-

1 Graduação em Direito FND(UFRJ); Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. (Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3023689561632480>)

2 O termo emergência se opõe ao termo origem e representa uma forma de encarar o acontecimento sob uma ótica foucaultiana na linha de FOUCAULT, Michel. **Nietzsche e a genealogia da História**. in FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos II: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de pensamento**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p. 268

3 A opção por utilizar o termo razão prisional, e não optar por diferenciar esses pontos como meras etapas para configuração do chamado “dispositivo disciplinar” ou do conceito de disciplina como um todo, ocorre por dois motivos. O primeiro é a vinculação desses textos ao seu contexto político, e não a uma tentativa maior de sistematização e captura de prognósticos que reduzem a realidade. O segundo é a possibilidade de utilização desses conceitos estrategicamente, ao encarar a tarefa de interpretação desde uma posição violenta e novamente ao depositar uma análise sobre a obra foucaultiana que abdica de uma posição etapista. Tais abstrações teóricas produziram e seguem produzindo efeitos políticos até hoje.

4 Nesta mesma linha, Foucault pretende seguir o desenvolvimento das “tecnologias morais.” Cf. FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV- Estratégia poder Saber**. Rio de Janeiro: Forense universitária. 2006, p. 337.

5 VALVERDE, Mariana. “Beyond Discipline and Punish.” **Carceral Notebooks**: Vol 4, (2008): p. 205.

6 HARCOURT, Bernard. **Situação de Curso**. In FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.245. Tradução Ivone C Benedett

pulações.”⁷ Ainda na mesma linha está a colocação de Serna no que diz respeito a análise aos efeitos políticos da obra Vigiar e Punir: “una obra en la que el autor dice ocuparse del nacimiento de la cárcel, pero a la que se la toma como algo más, como una impugnación radical **del poder de normalización** en la sociedad moderna, según él mismo confesaba al final de su propio volumen.”⁸ (meu grifo)

Ademais, para reforçar a opção pela utilização do desígnio “razão de vida prisional”, não se adota a posição de que o desenvolvimento teórico aqui apresentado representa meramente uma evolução teórica que leva ao panorama disciplinar, entendendo que os estudos pretéritos à formalização deste modelo manejaram e continuam manejando entradas possíveis para a crítica de práticas punitivas e não demonstram apenas esboços do que é formalizado ao fim do curso “Sociedade Punitiva” como poder disciplinar.

Agora passaremos a tratar do primeiro ponto de emergência dessa razão. Aqui discutimos pulsões pessoais, o momento político e a configuração do sistema penal como resposta à sedição. De onde surge esse interesse de Foucault na razão de vida prisional? Inicialmente sugere-se que deriva de uma razão pessoal⁹. Além de pistas iniciais como seu uso precoce de fármacos¹⁰, Foucault atuara em um hospital psiquiátrico de 1953- 1955, sem papel definido, como uma peça móvel¹¹. Foi a indefinição de status que o permitiu circular à vontade na instituição e lhe trouxe uma perspectiva única. Transversalmente, em uma perspectiva de problematização do presente, ou o que Amaral vai chamar de “copertencimento ao presente”¹², seu interesse é despertado pela situação de presos políticos pós maio de 68:

no último mês de dezembro prisioneiros políticos esquerdistas e maoístas fizeram greve de fome para lutar contra as condições gerais da detenção, que seja política ou de direito comum. Esse movimento partiu das prisões e desenvolveu-se no exterior delas. E a partir desse momento que comecei a ocupar-me disso.¹³

Maio de 68 trouxe uma catalisação de prisões políticas pelo então presidente francês Georges Pompidou. Foucault já se mobilizara anteriormente, pois fora alvo de repressão política ao defender os estudantes durante sua estadia na

7 RABINOW, Paul. DREYFUS, Hubert. **Foucault uma trajetória filosófica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 169.

8 SERNA, Justo. ¿Olvidar a Foucault? Surveiller et Punir Y la Historiografía Veinte Años despues. **Historia Contemporánea** Vol.16 (1997): p.32.

9 A problemática da pulsão da escolha pessoal de um autor sobre determinado tema é trabalhada em HARCOURT, Bernard. Supposons que la discipline et la sécurité n'existent pas — **Carceral Notebooks: Vol 4, 2008 (153-173)**.

10 BORDELEAU, Erik. **Foucault Anonimato**. Buenos Aires: Cactus, 2018. p.18. Ver também: WADE, Simeon. Foucault in California. California: Heyday Books, 2019.

11 FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos VII- Arte, Epistemologia, Filosofia, e História da Medicina**. São Paulo: Forense Universitária, p. 311. Ainda nesta linha das razões que contribuíam para a análise das prisões, pode ser suscitada a dupla inversão da proposta durkheimiana, após a visita à prisão de Atica, presente em FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 136.

12 AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Criminologia**. São Paulo: Trant Lo Blanch, 2021, p.21

13 FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos VII- Arte, Epistemologia, Filosofia, e História da Medicina**. São Paulo: Forense Universitária. p.32.

Universidade da Tunísia¹⁴. Já mobilizado e atento para as lutas locais, deslocara o foco para as penitenciárias francesas em 71 e 72. Os movimentos do corpo político enclausurado o levaram a questionar a tolerância e naturalização das prisões enquanto forma de exercício punitivo que inunda o corpo social¹⁵.

O ímpeto foucaultiano também levou a formação do GIP, Grupo de informações sobre as prisões. O GIP é fruto de trabalho político, Foucault literalmente viveu a experiência política do grupo, já que a base de trabalhos e local indicado nos panfletos para a correspondência era a sua casa. Em termos de articulação política na linha de Defert¹⁶, tratou-se de um desdobramento da OPP, organização dos presos políticos, célula específica do EP. A função principal do grupo não era a de propor reformas, mas “caucionar pesquisas clandestinas conduzidas do interior das prisões para fazer ouvir a voz dos prisioneiros.[onde] Alguns intelectuais dariam sua caução de veracidade.¹⁷”¹⁸

Evidenciado esse rastilho de vetores contingentes é possível asseverar que a emergência da “prisão” na obra foucaultiana faz parte de uma construção contínua. São destacados três momentos nas três diferentes obras que demarcam os pontos de proveniência não da instituição per-se, mas da sedimentação de práticas punitivas de caráter penitenciário, ou em outros termos, uma razão de vida prisional. É preciso realizar essa pontuação pois a prisão não é uma instituição fechada em si mesma, mas ponto de culminação de estratégias disciplinares que compõe as práticas punitivas, é um macro local de retransmissão da guerra civil na linha delimitada por Harcourt¹⁹.

2. PRIMEIRA RAZÃO PRISIONAL

O primeiro momento de emergência de uma razão de vida prisional é narrado em “Teorias e instituições penais”. A proveniência da razão prisional dentro de um jogo de imposição e resistência deriva neste momento da resposta

14 DEFERT, Daniel. **Uma vida política**. São Paulo: N1 Edições, 2019, p. 36.

15 HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 81.

16 DEFERT, Daniel. **Uma vida política**. São Paulo: N-1 Edições, 2019, p.56.

17 Ibid, p.57.

18 A proposta do GIP não era a de atuar como reformadores externos, mas conhecer a realidade dos prisioneiros. Para isso foram elaborados questionários para os detentos, cuja preocupação não era verificar a verossimilhança dos testemunhos, mas entender a construção de um discurso. Difundir uma situação de calamidade para que “as informações façam ricochete” cf. FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 9. Percebeu-se que as condições materiais não eram o pior da prisão, mas sim o desamparo, resignação e impotência moduladas pela relação entre o judiciário e administração penitenciária. Ao mesmo tempo o GIP procurava deslocar o holofote para uma série de lutas locais, nesse sentido a prisão como instituição era apenas um âmbito da pesquisa: “a articulação polícia e justiça representava a verdadeira questão do GIP, tanto quanto a detenção. Aliás nós tínhamos dado uma atenção muito maior as penas curtas e a detenção preventiva do que as penas longas.” cf. DEFERT, Daniel. **Uma vida política**. São Paulo: N-1 Edições, 2019, p. 69. Em sua época, Foucault já percebera que penas curtas, como as materializadas por políticas proibicionistas catalisavam a arbitrariedade policial cf. FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo Forense Universitária, 2011, p.2.

19 HARCOURT, Bernard. **Situação de Curso**. In FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.252. Tradução Ivone C Benedetti. Também em: Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.192. Tradução Ivone C Benedetti

ao motim anti-fiscal dos nu pieds. O processo é a culminação da justaposição entre as justiças senhoriais, de caráter local, e a justiça régia, de caráter estatal, e demonstra a evolução do modelo de estatização da penalidade. Esses eram dois sistemas que conviviam em uma situação de subordinação:

com o antigo sistema[justiça senhorial] tornando-se cada vez mais uma pura e simples fonte de rendimentos (ao lado da propriedade fundiária e do comércio) e o novo exercendo um poder que invade pouco a pouco e reduz a nada aquele que está encarregado de proteger.²⁰

É preciso destacar dois vetores desse novo modelo de justaposição entre a nova justiça régia e a velha justiça senhorial. O primeiro é sua função, pois o modelo é comandado por uma demanda de repressão às sedições que responde a lutas populares. O segundo é o fato de que essa nova justiça não é uma forma de fiscalidade, não é propriedade privada(expansão de seu alcance) e se liga ao poder político a fortiori, ou seja, a técnica política ocasiona a possibilidade de julgamento.

A insurreição dos descalços, identificados por este nome para demonstrar que nada possuíam, irrompe na primeira metade do século XVII na Normandia, a partir da aplicação leonina do poder fiscal régio em um imposto sobre o sal. São os projetos de poder que marcaram a passagem para a configuração de um novo tipo de justiça, que vai sofisticando suas formas de violência até que aparentem naturais, como se fossem fruto de uma evolução contínua.

A revolta dos nu pieds é um episódio importante para Foucault, primeiro pois a obra de Porchnev sobre tal levante acabara de ser traduzida para o francês²¹ e em segundo pois o autor percebera que a reação a insurreição trouxe uma espécie de uniformização da resposta jurídica apoiada pelo exército, a prisão aparece vividamente como braço político jurídico da guerra na resposta aos descalços. Foucault descreve o teatro político da repressão, se atenta para os diversos mecanismos dos senhores feudais, dos rituais do poder régio, das alianças contingentes entre plebe e burguesia nas disputas durante o século XVII e conclui que a resistência popular foi o fator que catalisou a mudança nas práticas punitivas.

O que nos importa destacar aqui é o fato de que a repressão à sedição passara da ameaça de invasão pelo exército, uma guerra deflagrada, meio dispendioso tanto logisticamente quanto politicamente, para a neutralização de sediciosos em potencial, espécie de guerra fria. Tal eliminação se dá por meio de recrutamento, enclausuramento e pelas obras públicas.

A polícia e o enclausuramento começam a emergir nesse período(sec. XVII- XVIII) como técnicas siamesas, evitam o custo de manter o exército mobi-

20 FOUCAULT, Michel. **Teorias e instituições Penais**. São Paulo: WMF Martins fontes, 2020, p. 96. Tradução Rosemary Costhek Abílio.

21 HARCOURT, Bernard. **Situação de Curso**. In FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.261. Tradução Ivone C Benedetti.

lizado e tem um papel a desempenhar no desenvolvimento entre a renda e imposto. São táticas justapostas de um novo sistema repressivo, entendendo ainda neste momento da obra foucaultiana, que há uma centralidade na posição sediciosa informada pelo conceito de “*Mob*”²² em Thompson. Já o conceito de tática merece uma explicação pormenorizada. Tática no vocabulário foucaultiano, segundo Dardot e Laval, é um conceito tripartido. A tática diz respeito:

a escolha dos meios empregados para se chegar a um fim; a maneira pela qual em dado jogo, um parceiro tenta ter uma vantagem sobre o outro, e o conjunto de procedimentos utilizados num confronto para privar o adversário de seus meios de combate e reduzi-lo a renunciar à luta.²³

As táticas que alcançam maior projeção nesse período são o enclausuramento e a deportação, personificadas pela ação policial. Ambas retiram parte da população da vida cotidiana. A punição e a ameaça às sedições eram feitas até então pela presença do exército, pela possibilidade perene de invasão. Mas a entrada em cena da polícia colocou em movimento um novo jogo:

A prisão não fazia parte do sistema penal. Ela surge aqui, à margem do sistema penal ordinário, como uma espécie de circuito paralelo. Está ligada ao desenvolvimento da produção capitalista, mas não de modo direto[...]. Está ligada a implantação de um aparelho repressivo estatal simultaneamente centralizado, destinado basicamente a prevenção desse tipo de sedições que ocorreram no século XVI- XVII²⁴.

Ao mesmo tempo técnicas de imobilização como a manutenção de salários baixos, coíbiam a potencialidade de sedição. Como a época havia uma criminalização dos “vagabundos”²⁵ os sujeitos preferiam receber salários baixos a serem encarcerados, e a ordem, ou o estabelecimento de uma guerra pela política de segurança, passa a ser mantida por essa nova instituição. A polícia e o enclausuramento evitam a alternativa da presença do exército e armamento da população burguesa, modelo que vigorava anteriormente, mas que ameaçava a unidade de um estado soberano.

A prisão era estranha ao sistema penal. Ela emerge neste cenário como um circuito perpendicular, ligada ao movimento de produção capitalista. Essa relação, segundo Foucault, não ocorre de modo direto; o papel econômico da prisão é apenas um dentre vários. Segundo Chignola ²⁶: “as tecnologias disciplinares, e entre elas a penalidade- antes que uma simples função de garantia em

22 THOMPSON, E.P. **The makings of The British Working Class**. Nova York: Vintage books, 1966.

23 Os autores utilizam o termo estratégia, mas no sentido que se busca dar a esta análise foucaultiana, os termos são sinônimos, cf. DARDOT, Pierre Et Al. **A escolha da guerra civil**. São Paulo: Elefante, 2021, p. 40.

24 FOUCAULT, Michel. **Teorias e instituições Penais**. São Paulo: WMF Martins fontes, 2020, p.91 e p.94 nota 21. Tradução Rosemary Costhek Abílio. Muito embora seja destacado que a repressão capitaneada por Séguier tenha aplicado outros tipos de pena, como multas e a repartição das armas, aqui nos interessa destacar esse ponto de proveniência da prisão.

25 Sobre a diferenciação entre a criminalização específica dos “rogues” e “vagabonds” ver: MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.37.

26 CHIGNOLA, Sandro. **Foucault Além de Foucault**. Porto Alegre: Criação Humana, 2020, p. 77.

relação a reprodução capitalista de valorização(...) desenvolver-se-á em relação à organização das instruções de produção as quais o corpo do trabalhador deve ser sujeitoado”.

A prisão é também o aprisionamento ao sistema de produção, mais ainda, é a prisão do corpo. Seu desenvolvimento parte da constituição de um aparelho de Estado centralizado, cuja função precípua era a prevenção da sedição entre os séculos XVI e XVII. A prisão possuía um baixo custo econômico – menor que a manutenção de exércitos- e constituía uma forma de regulação salarial. À época do curso Foucault defendia que ” todas as grandes fases de evolução do sistema penal, do sistema repressivo são modos de reagir a formas de lutas populares, (...) permitem validar como sanção da delinquência o que é fundamentalmente prevenção da sedição popular.”²⁷ A crise do feudalismo organizara um estado centralizado pelo poder régio com uma função contra insurgente.

O que se percebe nesse movimento é um deslocamento dos alvos de criminalização, é a inconstância histórica da seletividade, fator que constitui a Sociedade Punitiva. No século XVI e XVII e início do século XVIII essa tecnologia começara a ser aplicada aos sediciosos, no século XVIII e XIX o alvo passara a ser o operariado nascente. Isso não significa uma quebra de ciclo da punição, mas novo entrelaçamento da malha punitiva, justaposição ao invés de superação.

A proveniência da razão prisional ocorre na interpenetração entre justiça senhorial e justiça régia. A polícia e o enclausuramento emergem como a alternativa ao binômio exército e armamento da população. A primeira camada de emergência da razão prisional trata-se de um processo de centralização estatal, por medidas que impediam as revoltas populares a partir de práticas de neutralização de inimigos em potencial, configurando um local de retransmissão da forma de guerra civil. Essas medidas possuíam uma função de teatralidade na demonstração de um poder régio centralizado e uma função econômica na regulação de salários ao mesmo tempo que evitavam os gastos hiperbólicos que necessita um exército de prontidão.

Isto posto, as sedições vão perdendo a centralidade diante da elasticidade do pensamento foucaultiano. Há uma mudança de posição em relação a constituição do sistema penal em relação ao papel monofuncional atribuído no que diz respeito a resposta às sedições e como fator de proletarização, vejamos:

De fato, o que digo é para retificar o que falei na entrevista, não acho que o essencial seja tanto o problema da plebe sediciosa, foi o fato de que a fortuna burguesa se encontrou pelas próprias necessidades do desenvolvimento econômico investida de tal maneira que ela estava nas mãos

27 FOUCAULT, Michel. **Teorias e instituições Penais**. São Paulo: WMF. Martins fontes, 2020, p. 148. Tradução Rosemary Costhek Abílio.

daqueles mesmos encarregados de produzir todo trabalhador era um predador possível e toda a criação de mais valia era a ocasião, ou a menos a possibilidade de uma subtração eventual²⁸

Neste mesmo sentido, afirma: “ com efeito, parece-me que o mecanismo que trouxe a formação desse sistema punitivo é em certo sentido mais profundo e mais amplo do que o mecanismo de simples controle da plebe sediciosa.”²⁹ Em verdade, não era só contra a potencialidade de sedição que se guerreava, mais contra àqueles que se recusavam a tornarem-se sujeitos de um novo modo de vida. Mais tarde, as sedições tornam-se episódios de um fenômeno geral: o jogo de tolerância entre ilegalismos.

3. SEGUNDA RAZÃO PRISIONAL

A segunda camada de emergência de uma razão prisional é aquela conjugada como processo heterógeno entre o elemento penitenciário e o criminoso que rompe o pacto social. Ou seja, trata-se de um casamento entre duas instâncias aparentemente “contraditórias”³⁰ pois da teoria utilitarista não se pode retirar a moralidade corretiva intrínseca ao estabelecimento da prisão. Na obra “Sociedade punitiva”, essa conjugação entre as duas pautas pelo Estado é a certidão de nascimento da “Sociedade Punitiva”, em “Verdade e Formas jurídicas”, texto mais tardio, essa confluência é vista como nascimento da “sociedade disciplinar”³¹.

Deleuze trata do fenômeno através do desígnio: “ Pressuposição recíproca entre as duas formas³²”. Segundo Deleuze, o Direito Penal, regime do enunciável, remete a prisão, fornecendo matéria prima (presos), enquanto a prisão, regime do visível, reproduz a delinquência, faz dela um objeto e realiza os objetivos do direito penal de outra forma

Ainda sob a matriz da guerra civil³³ a ênfase da análise não se restringe a punitividade, mas está na evidenciação de relações de poder /saber. Nesta toada a prisão como forma social faz parte de uma problematização da origem. Havia uma espécie de análise centrada no vácuo histórico da forma da prisão realizada por historiadores, que por sua vez entendiam que o elemento corretivo (penitenciário), fora depositado posteriormente a uma instituição já plenamente constituída, então a problemática era a de uma adequação às funções precípua desse instituto. O efeito dessa perspectiva gera o seguinte vetor discursivo: “a ciência penitenciária é independentemente suficiente para corrigir a prisão”. Para Fou-

28 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo Forense Universitária, 2011, p. 73.

29 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.130. Tradução Ivone C Benedetti.

30 FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 79.

31 Ibid.

32 DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005, p. 43.

33 HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 81.

cault tal análise é equivocada³⁴, já que a prisão, mesmo que existisse anteriormente como espaço de depósito de corpos, só passa a constituir-se de fato quando a ela é incorporado o elemento penitenciário.

Ao mesmo tempo, Foucault demonstra um paradoxo: a pulsão de reforma contribui para a perpetuação do sistema³⁵. O discurso de reforma penitenciária é contemporâneo ao nascimento da própria prisão, o fracasso das prisões quando ainda eram novidade evidencia que não se trata de corrigir uma instituição para que siga suas funções declaradas, mas que o próprio discurso que aventa a possibilidade de reforma permite a continuidade dessa instituição e de seu circuito transversal. Em segundo lugar, é essencial destacar o fato de que esse vetor discursivo serve para nublar a expansão do alcance do elemento penitenciário no corpo social. Segundo Foucault, “a sociedade inteira porta o elemento penitenciário, do qual a prisão é apenas uma formulação.”³⁶

Mas de onde emerge o elemento penitenciário? A legitimação da prisão como pena escapou à teoria, se estabeleceu como resposta inequívoca e suplantou as respostas teóricas da época- sec. XVIII- que eram centradas em três modelos: a infâmia, talião e reabilitação via trabalho forçado³⁷. Ou seja, a constituição de alternativas ao estabelecimento de penas na criminalização primária foi imobilizada pela prisão como resposta. A introdução dessa relação, em Foucault, é produto da modulação do fator tempo encontrada na forma salarial³⁸: “assim como o salário retribui o tempo durante o qual a força de trabalho foi comprada de alguém, a pena responde a infração não em termos de reparação ou de ajustamento exato, mas em termos de quantidade de tempo de liberdade”.

Não se trata apenas de um viés econômico, mas moral, pois a condutas que não se adequam ao trabalho são estigmatizadas como imorais. Ao mesmo tempo, o cálculo de pena passa a ser norteador pelo princípio da proporcionalidade, que por sua vez é efeito da constituição do capitalismo; para o trabalho um salário proporcional, para a infração um tempo proporcional. Assim as penas não representam unicamente o papel negativo da repressão, mas a produtividade da legitimação do poder, a criminalização serve aí não como tentativa de prevenção geral negativa, mas como constituidora da figura do delinquente, assim como o salário constitui o trabalhador.

Essa relação é sustentada por uma técnica que toma conta do tempo, que sequestra o tempo, subordinando-o a formas de produção. Isto ocorre por três

34 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.94. Tradução Ivone C Benedetti

35 CHANTRAINE, Gilles. The post-disciplinary prison. **Carceral Notebooks**: Vol 4, (2008): p.60.

36 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.94. Tradução Ivone C Benedetti

37 Ibid, p. 65

38 Ibid.

pontos de apoio: a relação entre pena de multa³⁹ e prisão, reativação da pena como dívida que fazia parte do Direito germânico⁴⁰ e uma aproximação da pena como salário pago a sociedade⁴¹ e como inverso do salário, por constituir uma espécie de trabalho gratuito. São determinadas relações de poder que permitem a extração real do tempo, e Foucault destaca duas proveniências históricas dessa sedimentação do que é entendido como penitenciário.

O primeiro ponto apresentado na obra “Sociedade Punitiva” é a Inglaterra da segunda metade do século XVIII. Essa formulação diz respeito à consolidação de quatro tipos de grupos diferentes: as comunidades religiosas dissidentes (quakers e metodistas), as sociedades para a reforma dos vícios, grupos de autodefesa com caráter paramilitar, e grupos com caráter econômico (espécie de polícia particular) que tinham como objetivo “o controle coletivo endógeno da moral dos indivíduos”⁴². Essa formulação é alheia ao sistema penal, deriva de um deslocamento populacional (êxodo rural) e da fixação da riqueza em estoques e maquinário. A riqueza naquele momento passara a ser mais vulnerável aos saques, assim foi preciso instituir um maquinário de moralização da população operária.

Essas sociedades atuavam na fronteira entre a moral e a penalidade. Como se pode observar esse cenário indica um jogo de resistência, de fricção, caracterizado por ações políticas em meio a essa guerra de costumes. Estes grupos criavam regimes de penalidade interna para se eximir da Lei penal inglesa, que a sua vez contava com o maior número de penas capitais do que qualquer outro código europeu da época. Não era apenas uma dissidência religiosa, “mas uma dissidência penal, judiciária”⁴³, pois a resolução de conflitos ocorria no seio dessas comunidades.

A inserção do penitenciário como *modus operandi* da sociedade teve ainda um outro efeito importantíssimo para manutenção de uma instituição que asseguraria a burguesia sua fortuna: a polícia. Foi a divisão performada entre os delinquentes e operários que permitiu a aceitação dessa força em todos os estratos da sociedade:

O que a burguesia temia era ilegalismo sorridente e tolerado que vigorava no século XVIII, a partir do momento que a riqueza foi colocada nas mãos dos operários era preciso proteger essa riqueza, assim foi absolutamente necessário constituir um povo como sujeito moral, afastando-o dos delinquentes⁴⁴.

39 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.65. Tradução Ivone C Benedetti

40 Ibid, p. 66.

41 Ibid.

42 Ibid p.95-97.

43 Ibid., p. 99.

44 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo Forense Universitária, 2011, p. 165.

Tal moralização segue a seguinte lógica, uma etiologia rasa, que se perpetua até hoje no senso comum: “O sujeito pratica o crime pois é pobre, mas outros pobres não praticam crimes, o que significa que aquele que pratica o crime é moralmente aviltante, e se separa assim de outros trabalhadores”. A cisão performada entre o operariado e a delinquência ocorre se materializa por três medidas: alistamento forçado, colonização e prisão.

Muito embora a prisão não possa ser derivada do modelo contratualista utilitarista de Bentham e Beccaria, há um processo de consolidação do Estado derivado dessas formulações jurídico filosóficas incorporado à pauta moral punitiva. De um lado temos os grupos dissidentes realizando a aproximação entre o moral e o penal, de outro os teóricos reformadores legitimando a potência do Estado. Nesta relação a exigência de moralização se volta ao Estado. A atribuição do casamento entre as teorias contraditórias, ou como colocamos anteriormente, o processo heterógeno, é exemplificada por Colquhoun no seu tratado sobre a polícia metrópole. Como nos explica Foucault:

Enquanto Beccaria dizia que a Lei não tem relação com a moral, uma vez que só diz respeito ao interesse da sociedade, Colquhoun afirmava que a Lei tem relação com o interesse social uma vez que sanciona a moralidade.⁴⁵

O que se percebe dessa distinção apontada por Foucault é uma “heterogeneidade”⁴⁶: de um lado o princípio teórico de defesa social instrumentalizado pela pena, do outro um princípio moral de culpa, que torna-se base para a atuação das agências punitivas por excelência; o primeiro, derivado da ideia do criminoso como inimigo social advindo do processo estatização, é aquele que traz o crime como hostilidade social; o segundo, advindo do modo de produção capitalista e sociedades morais, influenciado pela necessidade de pacificação de uma classe potencialmente revoltosa, que é aquele de caráter moral e que traz consigo a prática da reclusão. O que os une é o chamado elemento comutador, a hostilidade social que assume um duplo caráter: Hostilidade ao Funcionamento eficiente, maximização da felicidade (utilitarismo) , e Hostilidade à determinados valores, correção da alma (penitenciário).

Esse processo gerou diversos efeitos como a supercodificação ético penal, expansão da seletividade para as classes mais baixas, e uma normalização de coerções cotidianas. Nesse sentido, cabe lembrar que se trata de uma prática não restrita ao Estado, mas apoiada por ele, pois o elemento penitenciário que encontra sua titularidade na prisão nada mais é do que um prolongamento, uma “sanção natural por meio da coerção”⁴⁷.

45 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.102. Tradução Ivone C Benedetti.

46 Ibid., p. 83.

47 Ibid., p.103.

Na França é exemplificado o segundo ponto de emergência do penitenciário. Nesse país, o campo fértil do penitenciário é semeado por pulsões administrativistas da sociedade francesa. Se na Inglaterra o processo se dá tangenciando o Estado, na França ele se dá por dentro do Estado. Enquanto na Inglaterra existia uma tensão de comunidades extra estatais que apregoavam uma penetração da moralização na Lei, na França o Estado precisou encontrar medidas mais eficientes para coibir as revoltas, substituindo o corpo eminentemente repressivo (exército), pelo recolhimento da população perigosa (encarceramento).

Na Inglaterra a naturalização cotidiana do penitenciário derivada de práticas capilares permitiu a aceitação desse modelo, na França, o sistema se consolida pois era um “sistema dúplice”⁴⁸, por um lado há um esquema autoritário, esquema que transfere a função repressiva a estratos marginalizados da população,⁴⁹ por outro esse sistema é limitado pela concentração do aparato estatal na mão de poucos.

Para que ganhasse um mínimo de aceitação o sistema precisou atuar de maneira dúplice, ao mesmo tempo que defende direitos das classes mais altas, atua servindo aos interesses locais. A figura das ordens régias corresponde a esse processo que vem de baixo para cima. As ordens régias representavam “um certo consenso moral cujo núcleo eram as famílias e localidades”⁵⁰. As ordens régias possuíam uma peculiaridade não comportada pela universalização da Lei penal, em verdade estavam fora da Lei e eram criticadas por juristas como medidas despóticas⁵¹. Elas eram solicitadas recorrentemente em instâncias locais, como uma medida administrativa de autenticação da reclusão na prática. Ainda é preciso destacar que a época essa reclusão não ocorria em prisões, mas em estabelecimentos religiosos, “antecedentes históricos da clínica psiquiátrica”⁵². Nesse momento começam a serem sedimentadas as pulsões corretivas da prevenção especial positiva, cuja relação com o penitenciário é evidente.

Apesar de comportar diferenças, o sistema inglês e francês tem as mesmas pulsões catalisadoras: família, comunidade religiosa e trabalho. Em ambas há um magnetismo do Estado para abarcar os problemas de ordem moral. Esse sistema que funciona na França a partir das ordens régias, e na Inglaterra pelas sociedades moralizadoras, foi sendo atraído para o Estado no fim do século XVIII. No início do século XIX o aparato estatal passa a assumir totalmente o sistema coercitivo

48 Ibid., p. 115.

49 Ibid., p. 116.

50 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.117. Tradução Ivone C Benedetti.

51 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.139. 42ª edição.

52 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.119. Tradução Ivone C Benedetti.

que é investido pelo sistema penal, e que passa a assumir uma função penitenciária.

A naturalização dessa sedimentação de uma razão de vida prisional é uma rede de poder que segue uma forma piramidal⁵³. No entanto, o ponto mais alto não é a fonte absoluta desse poder. Há uma rede de sustentação recíproca:

essas táticas foram inventadas organizadas a partir de condições e de urgências particulares. Elas foram desenhadas pedaço a pedaço antes que uma estratégia de classe as solidificasse em vastos conjuntos coerentes.⁵⁴

Há uma minúcia na análise foucaultiana onde a observação dos conjuntos não se dá sob uma matriz de homogeneização, mas jogo complexo de sustentação entre os diferentes mecanismos de poder. O que esses apoios recíprocos implicam? Que há uma forma de poder que permeia(mas não se resume) às diversas instituições sociais, o chamado poder disciplinar, conclusão que Foucault chega ao final do curso sociedade punitiva:

(...) Onde eu queria chegar gostaria de fazer a análise de certo sistema de poder: o poder disciplinar. Parece-me que vivemos numa sociedade de poder disciplinar, ou seja, dotada de aparatos cuja forma e a sequestração cuja finalidade e a constituição de uma força de trabalho e cujo instrumento e a aquisição de disciplinas ou hábitos.⁵⁵

O elemento penitenciário é um degrau que permite que Foucault chegue à noção de poder disciplinar. Foucault demonstra como à forma de poder hierárquica da soberania é justaposta a forma de poder constituída pela perpetuação do hábito (final do século XVIII e início do sec. XIX). A disciplina age nos processos atrelando a utilidade à obediência mais do que pura sujeição, assumindo a cotidianidade da norma, o que gera -intencionalmente- uma nebulosidade relativa à visualização do funcionamento de mecanismos de poder. Segundo Revel a disciplina compreende: “técnicas de coerção que exercem um esquadramento sistemático do tempo, do espaço e do movimento dos indivíduos e que atingem particularmente as atitudes, os gestos, os corpos.”⁵⁶

A segunda camada de emergência da prisão, pois então, é montada desde o referido processo heterógeno e pela crítica aos historiadores que encontravam na prisão uma prática isolada passível de correção por uma ciência supostamente independente, mas que em verdade permitia sua continuidade. Também se destaca o prolongamento entre a forma salário e trabalho e a forma pena privativa de liberdade(tempo)e prisão, e no momento de aplicação da pena na identificação da proporcionalidade entre as duas figuras. Percebe-se que o elemento penitenciário é proveniente de formulações estranhas a teoria penal, e é encontrado nas

53 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 119.

54 Ibid.

55 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.215. Tradução Ivone C Benedetti.

56 REVEL, Judith. **Foucault: Conceitos Essenciais**. São Carlos: Claraluz Editora, 2005, p. 35.

comunidades quakers inglesas e nas ordens régias administrativas francesas. Ao fim das palestras da “Sociedade Punitiva”, Foucault percebe que estava visualizando um prolongamento entre as instituições modulado pelas nuances de um poder nomeado de poder disciplinar.

4. TERCEIRA RAZÃO PRISIONAL

Aqui discutimos como a disciplina e a vigilância integram a terceira camada, apontando para os detalhes da mudança tática na forma de punir.

A terceira camada de emergência da prisão tem por base o desenvolvimento do poder disciplinar em Vigiar e Punir. As relações de poder configuram um cenário de expansão penológica da existência. Isso é destacado inicialmente através de uma mudança estratégica na forma de punir. Mudança não em termos de uma superação da brutalidade dos suplícios, já que o suplício era de fato uma técnica regulamentada⁵⁷, mas de uma estratégia de espetacularização do sofrimento materializando a vitória e a luta do rei, e que passa à sofisticação das instituições de sequestro do tempo, que por sua vez materializam a extensão do controle de um Estado despersonalizado.

Tais instituições de sequestro possuem três objetivos principais: tornar o tempo da vida tempo de produção e constituir o sujeito como corpo apto para o trabalho⁵⁸, constituir-se como monofuncionais⁵⁹ na aparência criando um novo tipo de poder político que atua sobre microinstâncias judiciárias⁶⁰ e ao mesmo tempo, criar um prolongamento fracionado entre os aparatos sociais sob o mote de uma generalização⁶¹ que prende os indivíduos numa série que vai da escola à fábrica, da fábrica à prisão, com uma modulação contingente do poder disciplinar e práticas de extração de saber⁶² que são próprias da Sociedade Punitiva.

As confusões intrínsecas ao espetáculo público da execução dos suplícios, a importância que o corpo adquire para o capitalismo nascente e a absorção pela justiça de vetores extrajudiciais, definem a nova forma de punir centrada em uma política de docilização dos corpos.

O corpo supliciado, arquétipo da demonstração de soberania monárquica, é antepassado de um novo corpo, figura de inserção da cientificidade da prática

57 Nesse sentido: “Mesmo que o ato final da punição fosse esse carnaval de atrocidades, havia procedimentos legais formais que conduziam a uma articulação final.” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1996, p. 160).

58 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.210. Tradução Ivone C Benedetti. E FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 117.

59 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.194. Tradução Ivone C Benedetti.

60 FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 120

61 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.211. Tradução Ivone C Benedetti.

62 FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 121.

jurídica como sujeito passível de correção. O suplício não tinha papel de reparação moral, mas de cerimonia política, devia reafirmar o poder de morte do soberano, sustentar a soberania, tendo em vista que o delito era visto como um desafio a soberania⁶³, e a quebra da Lei, um ato de guerra⁶⁴.

O suplício legitimava o poder absolutista, realizava uma produção distinta de sofrimentos e marcava as vítimas⁶⁵. Já a razão de vida prisional nasce com a economia mercantilista, onde importa a eficiência, cujo objetivo é a maior economia do sistema de pena. Na monarquia o controle era muito mais fraco: “mais largas as malhas das quais passavam mil e um ilegalismos populares.”⁶⁶ Isto posto, novamente cabe asseverar que não há uma simples superação ou abandono do modelo de exercício da tortura, ainda há pequenos suplícios nos mecanismos modernos da justiça criminal. Basta observar o interrogatório policial⁶⁷, a força da confissão dentro de um conjunto probatório, ou cenas cotidianas como a narrada por Valois⁶⁸.

O autor narra a história de Keneth. Kenneth era um jovem albergado em regime aberto, e não conseguiria pernoitar no estabelecimento prisional pois era viciado em crack, como comprovava laudo médico. Diante do descumprimento, narra a Lei de Execução Penal⁶⁹ que há a necessidade de regressão de regime. Enviado para o regime semiaberto, houve um incêndio em sua cela. Keneth morreu queimado junto a dois outros internos. Valois classifica o episódio como um resquício de suplício moderno, muito embora não tenha havido a espetacularização intrínseca desse tipo de poder, tampouco uma técnica regulamentada de tortura. No entanto, entende-se que o episódio é um exemplo trágico da justaposição dos dois modelos punitivos, pois traz também pulsões de uma sociedade disciplinar por duas razões. A primeira é o fato de que Keneth teve de passar pela atribuição de molduras penais-administrativas que indicam a continuidade entre hospital e prisão, que consistiam na necessidade de obtenção de laudo comprovando a dependência química para que fosse transferido ao estabelecimento penal adequado. E a segunda é a atribuição do tempo como medida corretiva das faltas atuando em microinstâncias penitenciárias, no caso a aplicação da regressão de regime.

63 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 172.

64 RABINOW, Paul. DREYFUS, Hubert. **Foucault uma trajetória filosófica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p.160.

65 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.37. 42ª edição.

66 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p. 154.

67 Sobre o suplício como interrogatório sobre a verdade: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.59. 42ª edição.

68 VALOIS, Luis Carlos. **Direito Penal da Guerra as Drogas**. São Paulo: Saraiva, 2021, p.14.

69 BRASIL, Presidência da República. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 50, inc II.

A análise da forma prisão nessa terceira camada é feita pelas relações de poder intrínsecas ao poder disciplinar, e não se resume as instituições clássicas fechadas em si mesmas. Nessa ampla gama de instituições, tomando por base a configuração do exército Prussiano, Gross⁷⁰ sustenta que Foucault retira a ideia da docilidade, de uma internalização da humildade e passividade, desses soldados, e de outros manuais do exército. O poder disciplinar inunda o corpo social, e, ao invés de traçar um distanciamento entre as instituições Foucault percebe a continuidade entre eventos aparentemente dispares. Por exemplo, a mudança da forma de guerrear que implica a necessidade de vigilância e logística celular que a invenção do fuzil⁷¹ traz a reboque e sua relação com a divisão político espacial das técnicas de quadriculação⁷² das fábricas, escolas e prisões. Essas técnicas de quadriculação, segundo Reynolds e Fitzpatrick⁷³, são aplicadas sem um recurso a uma ideologia totalizante, transformando o espaço em si em um instrumento disciplinar. Ou seja, há uma aproximação entre as funções de disciplina, e as funções de guerra, entre os espaços disciplinares e espaços de guerra.

Adorno postula que o culto a ordem característico do radicalismo de direita é norteado pelo conceito de disciplina, mas uma disciplina estruturada: “sem que a pergunta “disciplina para que” seja feita.”⁷⁴ A fetichização de tudo que é militar, o clamor pela ordem e a expectativa de obediência, se inserem certamente nesse contexto.

O Sucesso da prisão é a fabricação do delinquente, desqualificando todos os atos ilegais e aglutinando-os sob um norte de infâmia moral. Um outro papel da delinquência é cumplicidade com estruturas policiais: a classe no poder se serve da criminalidade como um álibi contínuo para fortalecer o controle: “Tal como o medo do inimigo faz amar o exército, o medo do delinquente faz amar o policial.”⁷⁵

Neste novo cenário a disciplina acabou por inundar a penalidade judiciária. Mas ela não está presa a uma instituição, exatamente por ser caracterizada como um poder, a abertura da sua interpenetração independe de barreiras institucionais, realizando um encontro em termos de técnicas aplicadas nas diversas instituições que atravessa. As disciplinas inventaram um novo funcionamento punitivo e é este que pouco a pouco alterou as agências da punibilidade, desde a

70 GROSS, Frederic. **Estados de violência: Ensaios sobre o fim da guerra**. São Paulo: Idéias e Letras, 2009, p. 60;

71 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.160. 42ª edição.

72 Nesse sentido, estão as técnicas definidas como a arte das distribuições; cerca, princípio da clausura, regra das localizações funcionais e elementos intercambiáveis da disciplina individualizadora de corpos.

73 REYNOLDS, Bryan; FITZPATRICK, Joseph. The Transversality of Michel de Certeau: Foucault's Panoptic Discourse and the Cartographic Impulse. **Diacritics**, Vol. 29, No. 3, (1999): p. 65.

74 ADORNO, Theodor. **Aspectos do novo Radicalismo de Direita**. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p.58-59.

75 FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV**. São Paulo: Forense Universitária, 2011, p.157.

menor falta no chão da fábrica até a prática do crime, o corpo deve ser dominado e corrigido. A sistematização da disciplina ocorre em dois planos:

o da divisão binária e da marcação (louco-não louco; perigoso-inofensivo; normal-anormal); e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial (quem é ele; onde deve estar; como caracterizá-lo, como reconhecê-lo; como exercer sobre ele, de maneira individual, uma vigilância constante, etc.).⁷⁶

As técnicas disciplinares procuram fortalecer uma tática de poder dividida em três pulsões⁷⁷: Uma pulsão econômico política que busca diminuir os custos de exercício desse poder, sejam estes custos monetários, sejam eles políticos, se tornando menos vulnerável a ataques pela invisibilidade intrínseca na qual o poder disciplinar atua. Uma pulsão expansionista, pois o poder disciplinar busca expandir a intensidade e escala, diminuindo os intervalos de escape, invisibilizando espaços de resistência. Uma pulsão estratégica, ou de coerência de tática, pois preenche todo o corpo social em um investimento desse poder no interior de diversas instituições, trata-se de uma tática que procura introjetar a docilidade e a utilidade em um continuum institucionalizado.

Zaffaroni entende que não importa muito o valor que se atribua a tese de Foucault, o que é inegável é o fato de que na obra do autor encontra-se a partir do industrialismo a emergência de uma pauta disciplinária que assumiu a roupagem de modelo de sociedade⁷⁸. Morrison⁷⁹, conjugando a influência nietzscheana no trabalho de Foucault, postula que:

Weber e Foucault procuram identificar a maneira com a qual o centro do poder político não apenas dispõe proibições para condutas abertamente antissociais, mas tacitamente regula a minúcia dos estados emocionais, ética, e o gerenciamento de condutas pessoais. Eles perguntam, ” como a integração, sequenciamento, e cooperação de sujeitos em redes de comando é sedimentada? A resposta emerge como o complexo da disciplina e das relações de saber. (tradução livre).

Segundo Revel:

O modelo de gestão disciplinar perfeita é proposto através da formulação benthaniana do “panóptico”, um lugar de confinamento onde os princípios da visibilidade total, da decomposição das massas em unidades e da sua complexa reorganização segundo uma hierarquia rigorosa permitem dobrar cada indivíduo a uma verdadeira economia de poder muitas instituições disciplinares - prisões, escolas, manicômios - ainda hoje possuem uma arquitetura panóptica, ou seja, um espaço caracterizado por um lado pelo confinamento e repressão dos indivíduos, e por outro por uma simplificação do funcionamento do poder.⁸⁰

Posicionadas as considerações destes autores, a opacidade dos objetivos da disciplina permite a sedimentação da ficção que impôs uma diferenciação em

76 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.223. 42ª edição.

77 Ibid, p. 241.

78 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia: Aproximacion desde una Margen**. Bogotá: Editorial Temis, 1988. P. 106.

79 MORRISON, Wayne. **Theoretical Criminology: from modernity to post-modernism**. Londres: Cavendish Publishing Limited, 1995, p. 200.

80 REVEL, Judith. **Le Vocabulaire de Foucault**. Paris: Ellipses Édition Marketing S.A., 2002, p. 21.

nível qualitativo entre as instituições, quando em verdade o poder disciplinar inunda todas elas. Não se trata de estudar as instituições fechadas em si mesmas, mas perceber uma série de práticas punitivas na “coerência de uma tática”⁸¹. Valverde⁸² postula que a mudança de Foucault nas últimas palestras da obra “Sociedade Punitiva” aponta para a configuração de um sistema disciplinar. A virtude do termo é o desprendimento de categorias excessivamente jurídicas que se ligam a punição de forma tradicional.

Há uma percepção minuciosa do detalhe no que diz respeito a introdução de uma temporalidade do ato pelo controle de horário, pela necessidade de criar hábitos e gestos, internalizando uma mecânica acríca⁸³ de repetição assegurada por micropenalidades do tempo. O poder disciplinar é assegurado por táticas da vigilância. A vigilância é o tema que começara a ser introduzido sob algumas pistas de Julius na obra “Sociedade Punitiva”⁸⁴ e que assume um caráter central na formulação panóptica⁸⁵ através do modelo benthaniano. Formulação que levou Foucault a afirmar que passamos das sociedades do espetáculo do suplício, para as sociedades disciplinares⁸⁶.

Julius⁸⁷, médico que lecionava na universidade de Berlim, percebera uma transformação na nossa forma de ver e de aprender, destacando uma nova forma de relações de poder da sociedade. É dele que Foucault retira o marco da passa-

81 Ibid, p. 136.

82 VALVERDE, Mariana. **Michel Foucault: Key thinkers in criminology**. Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 137.

83 Foucault realiza uma divisão quadrupla da individualização que produzem as técnicas disciplinares: Celular, orgânica, genética e combinatória (Ibid, p. 165- 166). Harcourt destaca as seguintes características desse modo de vida: organização espacial que garanta a exata observação dos sujeitos, para que, as técnicas que tornam possível ver, induzam os efeitos do poder; uma arquitetura que permita o isolamento e confinamento dos indivíduos observados, a omnipresença dos poucos que vigiam, e o conhecimento internalizado de constante vigilância; um controle perfeito que se desenrola no tempo e que permite o máximo de extração de informação e trabalho daqueles que estão sendo vigiados; uma forma normalizante de julgamento que compara, diferencia, hierarquiza, homogeneiza e exclui; e uma forma generalizada de produção da verdade, o exame, que avalia continuamente e julga aqueles que estão sendo vigiados, e por fim esconde o olhar do vigilante, para que aqueles que estão sendo vigiados internalizem a disciplina por si mesmos” (tradução livre) (HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 86.)

84 FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.207-212. Tradução Ivone C Benedetti

85 Tal tema é desenvolvido atualmente por diversos autores, em uma perspectiva Banóptica há BIGO. BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease **Alternatives 27, Edição Especial** (2002). Desenvolvendo o tema da internalização da vigilância há a obra de Mathiesen, (MATHIESEN, Thomas. **Towards a Surveillance Society: The Rise of Surveillance Systems in Europe** Londres: Waterside Press, 2013) em uma confluência entre o panóptico e o espetáculo vemos a obra de Harcourt já referida neste estudo. Em uma perspectiva de caráter mais marxista há a obra de Shoshana Zuboff (ZHUBOF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**. Nova York: Public Affairs, 2019) que inverte a proposição de que somos o produto do capitalismo de vigilância, postulando que em verdade o sujeito constitui a matéria bruta.

86 Neste sentido, defende Foucault: “A sociedade disciplinar, no momento de sua plena eclosão, assume ainda com o Imperador o velho aspecto do poder de espetáculo. Como monarca ao mesmo tempo usurpador do antigo trono e organizador do novo Estado, ele recolheu numa figura simbólica e derradeira todo o longo processo pelo qual os faustos da soberania, as manifestações necessariamente espetaculares do poder apagaram-se um por um no exercício cotidiano da vigilância, em um panoptismo em que a penetração dos olhares entrecruzados há de em breve tornar inúteis a água e o sol”. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.240. 42ª edição.)

87 Para além de Julius, Foucault também suscita o exemplo de Treillard, jurista francês, responsável pela redação do código de instrução criminal de 1808. Treillard entendia que o papel do procurador era o de vigilância preemptiva, ao invés de uma simples resposta de ao crime. Foucault sustenta: “o procurador antes de tudo é um olhar, um olho perpetuamente aberto sobre a população” (FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 107).

gem das sociedades de espetáculo para as sociedades de vigilância, foi Julius que demarcou o ponto de proveniência das sociedades de vigilância. Neste sentido, resume Harcourt:

Enquanto nas sociedades arcaicas o direcionamento do saber e do poder estava imbuído no olhar de muitos aos poucos isolados no centro da arena ou no palco do anfiteatro, nas sociedades modernas o poder circulava do indivíduo a torre central que poderia observá-lo e cuidar das massas alocadas ao redor da periferia em modos visíveis. Isso representou não apenas um progresso arquitetural, mas um evento na história da mente humana.⁸⁸ (tradução livre).

Em “Vigiar e Punir” Foucault descreve uma vigilância hierárquica que atravessa todas as instituições apresentadas, na passagem das sociedades do espetáculo para as sociedades de vigilância. Essas técnicas tem o papel de evidenciar a vigilância, diminuir os intervalos, mas acima de tudo constituir o sujeito, fabricar um sujeito específico. Aplica-se a vigilância através de um cálculo de aberturas, cujo modelo utópico é o acampamento militar. De maneira a representar esse cenário Foucault utiliza a figura benthaniana do panóptico. O Panóptico de Bentham é um modelo de arquitetura do corpo social e deriva de correspondência com seu irmão, que à época fora encarregado da construção dos portos da Rússia (1786-1787⁸⁹). O princípio geral de uma torre circular que possui uma visão de 360 graus passara a constituir uma nova forma de distribuição do poder centrada numa visibilidade isolacionista, cujas origens Foucault traça a escola militar de Paris de 1751⁹⁰. O sujeito é visto, mas não vê; configura-se como objeto de uma informação, nunca sujeito de uma comunicação.

Trata-se de um: “diagrama de um poder que age pelo efeito de visibilidade geral”⁹¹. Para Deleuze o panóptico é “um agenciamento visual, e um meio luminoso do qual o vigia pode ver tudo sem ser visto.”⁹² Deleuze destaca dois momentos de definição do conceito:

Quando Foucault define panoptismo, ora ele determina concretamente, como um agenciamento óptico que caracteriza a prisão, ora abstratamente, como uma máquina que não apenas se aplica a uma matéria visível em geral, mas atravessa geralmente todas as funções enunciáveis. A fórmula abstrata do panoptismo não é então ver sem ser visto, mas impor uma conduta qualquer a multiplicidade qualquer. E o que o caracteriza é a maneira específica com que a multiplicidade deve ser reduzida, tomada num espaço restrito, e que a imposição de uma conduta se faz através da repartição do espaço-tempo⁹³.

É preciso que o sujeito saiba que está sendo vigiado, para que seja desnecessária a continuidade dessa vigilância, e para que o poder disciplinar chegue a seu

88 HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 84.

89 HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 85.

90 Ibid.

91 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.196. 42ª edição.

92 DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005, p. 42.

93 Ibid, p. 45.

apogeu. A figura do sujeito que vigia assume um caráter anônimo, no sentido de que existe uma impessoalidade no funcionamento do maquinário da vigilância que assegura esse desequilíbrio entre quem vigia e quem é vigiado. Neste sentido Foucault afirma que é “Uma sujeição real nascida mecanicamente de uma relação fictícia.”⁹⁴ .

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro ponto de emergência da razão prisional na obra foucaultiana trata inicialmente de seu interesse pessoal sobre o tema, também trata da situação política francesa e do papel do GIP na crise das prisões. Em relação ao estudo histórico, o primeiro ponto de emergência trata da resposta aos sediciosos, acontecimento que inaugura uma nova forma de punir. Foucault aponta a passagem de um momento histórico onde havia a possibilidade de ameaça constante pelo exército, para técnicas menos dispendiosas de imobilização, demarcando a emergência da polícia. A nova configuração do teatro punitivo é estruturada na sobreposição da justiça régia à justiça senhorial. Nesse momento o sistema punitivo é catalisado pelas demandas sediciosas. Mais tarde, Foucault vai entender que a resposta às sedições é apenas um dos fatores que constitui as práticas punitivas.

O segundo ponto de emergência de uma razão de vida prisional é derivado do processo de acoplamento entre uma concepção utilitarista do crime como hostilidade social, e pautas morais que constituem o penitenciário através de comunidades dissidentes *Quakers* na Inglaterra e por pulsões administrativas na França. Destacou-se a relação entre uma razão de vida prisional e o trabalho assalariado, já que ambos valorizam o tempo como forma de controle, destacando a continuidade entre a fábrica e a prisão. O segundo ponto de emergência destaca a confluência entre pautas morais e a medida do crime como hostilidade social (utilitarismo), acontecimento que Foucault aponta como nascimento da Sociedade Punitiva. Ainda nesse momento, Foucault trabalha com a noção de “penitenciário”, pauta moral absorvida pelo Estado e que surge como uma prévia da concepção de poder disciplinar, noção que o autor chega ao final de suas palestras na obra “Sociedade Punitiva”.

A terceira camada da emergência é centrada na disciplina, e procura perceber o funcionamento das instituições de sequestro como máquinas de fabricar corpos. Ela diz respeito à mudança na razão penológica como cálculo econômico-moral, de um poder que não necessitava da espetacularização de outrora. Foucault demonstra, pela nova forma de organização do exército, como é possível aproximar as funções de quadriculação às funções de guerra. Ao mesmo tempo

94 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.223 42ª edição.

demonstra que a prisão fabrica o delinquente em cumplicidade com a estrutura de repressão policial. O poder disciplinar atravessa todo corpo social, performando uma divisão binária por técnicas de marcação e determinação coercitiva. Ao fim, procura-se destacar a maneira pela qual a forma bélica da sociedade punitiva é garantida por técnicas de assujeitamento, através da evidenciação da figura panóptica, cuja função precípua é a internalização de uma vigilância contínua que constitui o sujeito útil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Criminologia**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021
- ADORNO, Theodor. **Aspectos do novo Radicalismo de Direita**. São Paulo: Editora Unesp, 2020,
- BORDELEAU, Erik. **Foucault Anonimato**. Buenos Aires: Cactus, 2018. p.18.
- BIGO, Didier. Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease **Alternatives 27, Edição Especial** (2002)
- CHIGNOLA, Sandro. **Foucault Além de Foucault**. Porto Alegre: Criação Humana, 2020
- CHANTRAINE, Gilles. The post-disciplinary prison. **Carceral Notebooks: Vol 4, (2008):**
- DARDOT, Pierre Et Al. **A escolha da guerra civil**. São Paulo: Elefante, 2021
- DEFERT, Daniel. **Uma vida política**. São Paulo: N1 Edições, 2019, p.
- DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005, p. 43.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002
- FOUCAULT, Michel. **Nietzsche e a genealogia da História**. in FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos II: Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de pensamento**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p. 268
- FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV- Estratégia poder Saber**. Rio de Janeiro: Forense universitária. 2006, p. 337.
- FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos VII- Arte, Epistemologia, Filosofia, e História da Medicina**. São Paulo: Forense Universitária, p. 311.
- FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Tradução Ivone C Benedetti.
- FOUCAULT, Michel. **Teorias e instituições Penais**. São Paulo: WMF. Martins fontes, 2020, p. 96. Tradução Rosemary Costhek Abílio
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p.139. 42ª edição
- GROSS, Frederic. **Estados de violência: Ensaio sobre o fim da guerra**. São Paulo: Idéias e Letras, 2009
- HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Cambridge: Harvard University Press, 2015
- HARCOURT, Bernard. **Situação de Curso**. In FOUCAULT, Michel. **Sociedade Punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p.245. Tradução Ivone C Benedetti
- HARCOURT, Bernard. Supposons que la discipline et la sécurité n'existent pas — **Carceral Notebooks: Vol 4, 2008 (153-173)**.
- MATHIESEN, Thomas. **Towards a Surveillant Society: The Rise of Surveillance Systems in Europe** Londres: Waterside Press, 2013
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário**. Rio de Janeiro: Revan, 2006
- MORRISON, Wayne. **Theoretical Criminology: from modernity to post-modernism**. Londres: Cavenish Publishing Limited, 1995

- RABINOW, Paul. DREYFUS, Hubert. **Foucault uma trajetória filosófica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 169
- REVEL, Judith. **Foucault: Conceitos Essenciais**. São Carlos: Claraluz Editora, 2005
- REYNOLDS, Bryan; FITZPATRICK, Joseph. The Transversality of Michel de Certeau: Foucault's Panoptic Discourse and the Cartographic Impulse. **Diacritics** , Vol. 29, No. 3, (1999)
- SERNA, Justo. ¿Olvidar a Foucault? Surveiller et Punir Y la Historiografía Veinte Años despues. **Historia Contemporánea** Vol.16 (1997): p.32.
- VALOIS, Luis Carlos. **Direito Penal da Guerra as Drogas**. São Paulo: Saraiva, 2021
- VALVERDE, Mariana. "Beyond Discipline and Punish." **Carceral Notebooks**: Vol 4, (2008): p. 205
- VALVERDE, Mariana. **Michel Foucault: Key thinkers in criminology**. Nova Iorque: Routledge, 2017
- THOMPSON, E.P. **The makings of The British Working Class**. Nova York: Vintage books, 1966
- WADE, Simeon. Foucault in California. California: Heyday Books, 2011
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Criminologia: Aproximacion desde una Margen**. Bogotá: Editorial Temis, 1988
- ZHUBOF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**. Nova York: Public Affairs, 2019

ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA PENA DE MULTA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CONDENAÇÕES POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES

STEPHANIE HAVIR DE ALMEIDA¹

LÍGIA DE SOUZA CERQUEIRA²

1. INTRODUÇÃO

Superadas as Ordenações Filipinas que regulamentaram as relações jurídico-sociais no Brasil colônia por mais de duzentos anos, foi promulgada a Constituição Federal de 1824, que previu a necessidade de elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”, dando ensejo à apresentação de dois projetos individuais por Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente Pereira, tendo este último sido escolhido sob a justificativa de

ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor.³

Com efeito, o imperador Dom Pedro I sancionou o Código Criminal de 1830, o primeiro autônomo da América Latina, em substituição a algumas penas corporais que incluíam castigos físicos e trabalhos forçados diários pelo apenados sob amarras de ferro e vigilância, que muitas vezes resultaram em morte⁴.

Para além da inovação humanística para a época, o Código Criminal trouxe o sistema dias-multas dispondo sobre a obrigatoriedade, ainda que sem a

1 Advogada. Graduada em Letras no ano de 2014, pela Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Graduada em Direito no ano de 2020, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Função Social do Direito no ano de 2023, pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade São Judas Tadeu.

2 Advogada criminalista. Pós-graduada em direitos humanos pela Universidade Católica Portuguesa (2022). Especialista em execução penal pelo Instituto Ibero-americano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR (2021). Graduada em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020).

3 SIQUEIRA, GALDINO. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro, Konfino, 1947, v. 1, p. 69-70.

4 SANTOS, Alex de Jesus. A pena de galés na Capital Paulista (1830-1850): livres e escravizados condenados a uma pena de trabalho forçado na cidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado em História Social) - Programa de Estudos Pós-Graduados em História, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24285/1/Alex%20de%20Jesus%20dos%20Santos.pdf> Acesso em 28 de julho de 2023.

existência de leis processuais acerca da aplicação, vez que o primeiro Código de Processo Criminal surgiu em 1832, do “pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados [sic] poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo”⁵.

Com o advento do período republicano, promulgou-se o Código Penal de 1890, que manteve a pena de multa como sanção possível — ao lado da prisão celular, do banimento, da reclusão, da prisão com trabalho obrigatório, da prisão disciplinar, da interdição e da suspensão e perda do emprego público —, dispondo que esta consiste no pagamento de “*somma [sic] pecuniaria*” ao “*Thesouro Publico Federal ou dos Estados*”, quantia esta estipulada “pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho” e que, em caso de impossibilidade de pagamento da quantia ou de recusa à quitação do débito, a sanção “será convertida em prisão celular, conforme se liquidar”, em uma espécie de prisão por dívida⁶.

Após a apresentação de alguns anteprojetos do Código Penal, elegeu-se aquele apresentado pelo penalista Alcântara Machado durante o Estado Novo, ora promulgado em 1940 e que passou a dispor da pena de multa como sanção a partir da reforma textual de 1984, com o indicativo de que o montante pelo apenado seria disposto “ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”, sendo no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”, a ser “fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário”⁷.

Nesse ponto, a multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença condenatória, podendo ser objeto de parcelamento à requerimento do condenado e conforme as circunstâncias factuais.

Como reflexo do discurso de combate à corrupção sistêmica decorrente do pós-mensalão e do lava-jatismo, a Lei nº 13.964, de 2019, acrescentou ao Código de Processo Penal, que a multa⁸ executada perante o juiz da execução penal, será “considerada dívida de valor, com aplicação de normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

5 Artigo 55 do Código Criminal de 1830. BRAZIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal

6 Código Criminal de 1890. ESTADOS Unidos do Brazil. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890.

7 Código Penal de 1940

8 Artigo 51 do Código de Processo Penal. BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Em termos práticos, portanto, a dívida contraída à título de multa não impede a extinção da pena, ainda que todo o tempo de prisão tenha sido cumprido na íntegra; mantém os direitos políticos suspensos, impedindo, portanto, o exercício de voto e a candidatura; e sujeita o indivíduo ao bloqueio de valores e penhora de bens, o que se se reflete, inclusive, para fins de impedimento do uso de contas poupança e corrente.

Se pena e Estado são conceitos intimamente ligados entre si e se o desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao conceito de pena⁹, parte-se do pressuposto de que o legislador, ao tipificar determinada conduta, o fez delineando quais bens jurídicos têm valor maior ou menor em nossa sociedade, pensando, portanto, no que deve ser mais ou menos protegido para que avancemos enquanto corpo social.

Nesse sentido, para Roxin¹⁰,

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (...) Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se subentende a esta concepção é a de que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil (...).

Portanto, valorado o bem jurídico penalmente relevante, passa-se à escolha da sanção para aquele que infringir a norma, momento em que o legislador também o faz levando em conta, explícita ou implicitamente, os valores morais e sociais vigentes à época, como a necessidade de proteção à vida, à dignidade sexual e à prevenção ao uso indevido, à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, como estabelecido por meio da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido, considerando que as penas de caráter criminal aplicadas no Brasil, atualmente abarcam as penas privativas de liberdade - detenção e reclusão -, restritivas de direitos e pena de multa, conforme previstas pelo artigo 32 do Código Penal vigente, sendo esta última o objeto do presente estudo e que foi estabelecida como pena autônoma ou substitutiva¹¹, prevê o legislador quando ambas podem ser aplicadas cumuladas ou separadamente, em medida para demonstrar a força coercitiva do Estado, vez que a pena é uma modalidade de

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

10 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org e trad André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 17.

11 Com previsão legal de cominação em todos os crimes, com exceção dos crimes sexuais e contra a vida

controle social¹², exercida por meio da aplicação de sanção ao agente violador da norma, como forma de demonstração do não aceite pelo corpo social.

Tendo em vista a teoria mista unificadora adotada pelo Código Penal Brasileiro e pela Lei de Execução Penal, segundo a qual a finalidade da sanção punitiva é a prevenção e reprovação do crime¹³, infere-se que a sociedade brasileira optou por valorar a pena não somente como um meio de castigo àquele que infringe uma norma social, mas também por utilizá-la como ferramenta de ressocialização, preparando o apenado ao retorno à sociedade a partir da criação e apresentação ao indivíduo de condições mínimas de acesso à educação e ao mercado de trabalho, em observância à dignidade da pessoa humana, ora princípio fundador da República, e aos objetivos fundamentais da nação, como a erradicação da marginalização, a construção de uma sociedade justa e a garantia do desenvolvimento nacional¹⁴.

Não obstante, os entraves sociais enfrentados pelos apenados e egressos que possuem como obrigatoriedade o pagamento de pena de multa, de modo individual ou cumulado, tem encontrado sentido prático diametralmente oposto aos valores constitucionais que deveriam nortear a aplicação da sanção penal, impedindo não só sua plena ressocialização, como também contribuindo potencialmente para sua reincidência, o que será objeto de análise por este artigo.

2. ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

Embora a previsão de pena de multa esteja expressa no Código Penal por força da reforma realizada em 1984, até 2019, o cenário comum era aquele em que o Juízo definia a pena e informava à Fazenda Pública, ora responsável pela cobrança, qual valor havia sido aplicado. À época, era comum que a instituição deixasse de ingressar com a cobrança por entender pelo prejuízo na equação de custo-benefício, vez que o ajuizamento de uma ação acabava por não compensar o montante cobrado, por vezes na ordem de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Com o ganho de força política e social do discurso anticorrupção decorrente do pós lava-jatismo, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.150, na qual se decidiu que a multa possui natureza penal e que sua execução incumbe prioritariamente ao Ministério Público, em entendimento que foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, em reflexo que intencionava atingir patrimônios de grande monta e impedir que os condenados

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

13 Artigo 59 do Código Penal. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

14 Artigos 1º e 3º da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

por crimes econômicos, como os do Mensalão, obtivessem a extinção da pena enquanto não pagassem a multa devida, o que, contudo, gerou reflexos proeminentes na massa carcerária mais pobre, como os apenados por crimes patrimoniais e por tráfico de entorpecentes.

Com efeito, um levantamento realizado pelo jornal A Pública identificou um aumento exponencial do ajuizamento de ações entre janeiro de 2020 e março de 2023, tendo março de 2022 alcançado o pico de ajuizamento de ações para execução do valor, com a distribuição de 27.079 ações em 23 dias úteis, uma média de 1.177 por dia.

Nesse sentido, em termos estatísticos, o estado de São Paulo, que possui a maior população carcerária do país, conta proporcionalmente com um acréscimo na distribuição de processos de execução de pena de multa, com 208.000 feitos em trâmite até o final de março de 2023, sendo que apenas a capital concentrou, no mesmo período, 50.050 ações referentes à multas não pagas¹⁵.

Em termos quantitativos, avaliando que cada dia-multa equivale a 1/30 do salário mínimo nacional vigente — portanto, R\$ 44 reais — e que determinados crimes, como roubo, furto e estelionato variam entre 10 e 360 dias multas, infere-se que será imposto ao apenado, além da pena corpórea ou restritiva de direitos, uma pena de multa que varia entre R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais) a R\$ 15.840,00 (quinze mil, oitocentos e quarenta reais).

No que tange ao crime de tráfico, o mínimo de dias-multa para aplicação está quantificado em 500 dias-multa, o que equivale a R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), podendo alcançar 1.500 dias-multa, o que corresponde a montante de R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais).

Em termos práticos, um mutirão realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, em 2022, com foco específico em assistir 251 egressos com dificuldade no pagamento de multa, identificou que o perfil socioeconômico dos devedores guarda total semelhança com o perfil preponderante da massa carcerária brasileira, de maioria negra (80%), com renda média abaixo de um salário mínimo mensal (72,1%), que não completou o ensino fundamental (36,3%) ou não concluiu o ensino médio (72,5%), de maioria desempregada e que não têm carteira assinada (82,4%)¹⁶.

Outras questões, ainda, dizem respeito às impossibilidades decorrentes do bloqueio do CPF pela inadimplência e pela consequente penhora de bens que

15 CÍCERO, Jose. Prisão em liberdade: após cumprir pena, ex-presos são obrigados a pagar multa. **A Pública**, 2 de maio de 2023. Disponível em <https://apublica.org/2023/05/prisao-em-liberdade-apos-cumprir-pena-ex-presos-sao-obrigados-a-pagar-multas/#:~:text=Desde%202019%2C%20o%20n%C3%A3o%20pagamento%20impede%20a%20extin%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena,valores%20ou%20penhora%20de%20bens> Acesso em 27 de julho de 2023.

16 *Ibidem*, *idem*.

possam estar em nome do apenado, como uma moto ou um carro: enquanto o primeiro impossibilita o acesso à benefícios sociais, como bolsa família e a concessão de crédito para abertura de um negócio, caminho comum para aqueles que dificilmente serão aceitos no mercado de trabalho formal por serem egressos e optam por abrir um negócio; o segundo impede que uma moto ou um carro continue a ser utilizado para a realização de entregas e corridas de aplicativo, cujas opções também se mostram as únicas para aqueles que acabaram de sair do sistema prisional, justamente pelo caráter informal da relação trabalhista.

Considerando o cenário desenhado pelo Estado a partir do recrudescimento da imposição e execução de penas de multa, tem-se que o egresso, ao sair do sistema prisional, se depara com um cerco oriundo de questões decorrentes do bloqueio de seu CPF, que impõe obstáculos à sua ressocialização, seja pela dificuldade usual de acesso ao trabalho formal, seja pelo impeditivo de acesso à empréstimos e serviços sociais, bem como pela penhora de um bem móvel que seria ou já vinha sendo utilizado para se iniciar um trabalho informal ou autônomo.

A inviabilização de tais acessos pelo Estado, nesse cenário, representa um potencial e alarmante fator para a reincidência dos egressos, que, obstados de se ressocializar por meio do trabalho, podem encontrar na prática delitiva o quantitativo necessário para sua subsistência familiar, seja por meio do retorno ao tráfico, seja por meio de pequenos furtos.

Com o alcance do Brasil, no final de 2022, da marca histórica de 832.295 mil presos¹⁷, um aumento de 257% desde 2000, é possível prospectar um cenário de potencial reincidência no universo de egressos que foram apenados por crimes de tráfico, que figura como a principal conduta mais comum entre reincidentes genéricos, precedendo crimes patrimoniais¹⁸.

Neste sentido, conforme mencionado brevemente, Alessandro Baratta reflete sobre o real caráter da pena, se efetivamente ressocializadora, objetivando a paz social, ou se instrumento de controle social da população historicamente marginalizada¹⁹. É que, se a aplicação dos institutos em tese ressocializadores trabalham, efetivamente, como ferramentas que dificultam ou até mesmo impedem a reinserção social do egresso, vê-se um completo desvirtuamento e uma deslegitimação da própria finalidade da pena.

17 Soma que abrange os regimes fechado, semiaberto e aberto, em medida de segurança, em tratamento ambulatorial e em prisão domiciliar, com ou sem tornozeleira.

18 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Reincidência Criminal do Brasil. 14 de novembro de 2022. Arquivo digital. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depn-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>Acesso em 27 de julho de 2023.

19 BARATTA, A. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007, p. 3. Disponível em <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf> Acesso em 27 de julho de 2023.

É exatamente como vemos o impacto da pena de multa conforme aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, mais ainda, pela práxis jurídica, posto que, em que pese nefastos os efeitos da pena pecuniária àqueles que não possuem condições de com ela arcar, ou seja, a maioria da população carcerária e de egressos, há no ordenamento jurídico pátrio dispositivos que, se bem aplicados, levarão, indubitavelmente, à melhoria de tal realidade, conforme se verificará mais adiante.

3. A CORRELAÇÃO ENTRE INADIMPLÊNCIA E REINCIDÊNCIA EM CRIMES DE TRÁFICO

Verifica-se que a maior parte da população carcerária é constituída de jovens negros, pobres e de baixa escolaridade²⁰, que cometem crimes de tráfico de entorpecentes ou crimes contra o patrimônio²¹.

Estes indivíduos, postos em liberdade após o cumprimento da pena cor-pórea, não conseguem acesso a vagas de emprego, benefícios sociais ou mesmo crédito para possibilitar a abertura de uma microempresa, em razão dos apontamentos criminais que permanecem registrados em suas declarações de antecedentes, ou mesmo do bloqueio e penhora de seus bens também decorrente dos apontamentos no CPF, dentre outros fatores deletérios, em face da pena de multa que, na grande maioria das vezes, excede exorbitantemente suas condições financeiras e que, provavelmente, jamais serão pagas. O que ocorre é a inevitável (re) marginalização de tais indivíduos, sem acesso às condições básicas de subsistência, pelo período necessário à prescrição da pena de multa, quando, finalmente, poderá o egresso se ver livre de apontamentos em seus documentos.

Contudo, de se observar que o prazo prescricional da multa jamais é inferior a dois anos²², período em que o egresso encontrará todas as dificuldades possíveis para a pretensa reinserção social, com destaque para a dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal, sendo certo que a informalidade o relega a toda sorte de ilegalidades, como trabalhos não remunerados ou remunerados abaixo do piso salarial nacional.

Não por acaso, o índice de reincidência criminal em tais realidades é da ordem de até 37,3% em cinco anos, segundo dados do relatório divulgado pelo

20 BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública [livro eletrônico]. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Acesso em 21 de julho de 2023.

21 Segundo dados do SISDEPEN apurados entre julho e dezembro de 2022. MINISTÉRIO da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Políticas Penais. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen> Acesso em 27 de julho de 2023.

22 Artigo 114 do Código Penal.

Departamento Penitenciário Nacional²³. Referido relatório evidencia, ainda, intrincada relação entre o crime de tráfico de entorpecentes e os crimes contra o patrimônio, sendo que os indivíduos que traficam acabam por reincidir pela comissão de roubos e furtos, e vice-versa.

É dizer, a população que é historicamente marginalizada pelo racismo estruturante da sociedade brasileira²⁴, é a mesma a povoar a massa carcerária e que volta a delinquir após ganhar a liberdade, em claro sistema de retroalimentação que é, evidentemente, influenciado pela impossibilidade de extinção da punibilidade face o não pagamento da pena de multa.

É exatamente neste sentido a mencionada crítica de Alessandro Baratta²⁵:

Se verificarmos a população carcerária, sua composição demográfica, veremos que a marginalização é, para a maior parte dos presos, oriunda de um processo secundário de marginalização que intervém em um processo primário. É fato comprovado que a maior parte dos presos procedem de grupos sociais já marginalizados, excluídos da sociedade ativa por causa dos mecanismos de mercado que regulam o mundo do trabalho. A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou o à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão.

Em que pese haja tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁶ possibilitando a declaração de extinção da punibilidade do réu que comprovar a impossibilidade de pagamento da pena pecuniária — desde que cominada cumulativamente à pena restritiva de liberdade —, verifica-se enorme incoerência no sistema jurisprudencial, que firma, por outro lado, que “alegada hipossuficiência econômica do réu para arcar com o pagamento da pena de multa não serve para excluí-la, já que a pena pecuniária é sanção que integra o tipo penal violado”²⁷. Referido entendimento jurisprudencial clama pela suposta observância ao princípio da legalidade, mas choca-se frontalmente com princípios maiores e mais estimados, como o da dignidade humana.

23 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Reincidência Criminal do Brasil. 14 de novembro de 2022. Arquivo digital. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depend-divulga-relatorio-previo-de-estudo-ine-dito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>Acesso em 27 de julho de 2023.

24 Ver ALMEIDA, Sílvio. Racismo Estrutural. São Paulo: Pólen, 2019.

25 BARATTA, A. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007, p. 3. Disponível em <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf> Acesso em 27 de julho de 2023.

26 “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.” SUPERIOR Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo nº 931. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=931&cod_tema_final=931 Acesso em 28 de julho de 2023.

27 TRIBUNAL de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Hipossuficiência do réu – descabimento de isenção da pena de multa. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detahes/execucao-penal/hipossuficiencia-do-reu-2013-isencao-da-pena-de-multa-2013-descabimento-por-inexistencia-de-previsao-legal-:-:text=%E2%80%9CEm%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20de,da%20sua%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mica%20do%20R%C3%A9u>. Acesso em 28 de julho de 2023.

É dizer, a hipossuficiência do apenado não o isenta da cominação da pena de multa, mas a multa poderá ser posteriormente desconsiderada para fins de extinção de punibilidade desde que comprovada a situação econômica, o que implica a necessidade de movimentação da máquina judiciária, sabidamente morosa, para, só então, haver alguma possibilidade de efetividade dos direitos fundamentais do egresso.

É sistemática de todo incoerente e que não pode subsistir, na lógica constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, posto que, como bem declara Flávia Piovesan²⁸,

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

De se observar, ainda, o completo descompasso da cominação das penas de multa com o próprio dispositivo legal que dita a necessária observância, pelo magistrado, das condições econômicas do réu²⁹ e, ato contínuo, a inconstitucionalidade da imposição das multas exorbitantes, posto que garantida constitucionalmente a individualização da pena³⁰.

Não seria demais concluir, assim, pela inconstitucionalidade da pena de multa cominada em inobservância às condições econômicas do apenado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando, portanto, que a finalidade última da pena em um Estado Social e Democrático de Direito é a ressocialização do apenado, que envolve, ao cabo, sua reinserção plena na convivência em sociedade, de forma harmônica e auto suficiente para que, em síntese, não volte a delinquir e possa cumprir com o papel social que se espera de cada cidadão e cidadã, não é preciso grande esforço para concluir pela total impropriedade da pena de multa conforme aplicada pelo Estado Brasileiro, posto que seus efeitos e consequências empiricamente observados são exatamente o oposto do pretendido em tese.

Até porque, tal estado de coisas, na forma em que se encontra, vai em sentido diametralmente oposto aos objetivos fundamentais da República, que se pauta, dentre outros pontos, na erradicação da pobreza e da marginalização — inviabilizados quando se obsta o acesso à programas sociais por conta de um CPF bloqueado — e na garantia do desenvolvimento nacional, que não encontrará

28 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004, p. 92.

29 Artigo 60 do Código Penal. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

30 Artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

avanço mínimo enquanto subsistir resquícios de racismo estrutural em nossa sociedade e impeditivos de exercício amplo de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, sem distinção entre aqueles que forem apenados ou não.

E considerando, ainda, a realidade brasileira estruturada sobre ideais racistas que estigmatizam e marginalizam pessoas com base em fenótipos e aspectos socioeconômicos, que, por sua vez, possuem intrincada relação com a dificuldade de acesso à escolaridade e ao mercado de trabalho e, conseqüentemente, com a delinquência, sobretudo o tráfico de entorpecentes, vê-se que absolutamente inviável atingir a proclamada finalidade da pena através da cominação de penas de multa em tais realidades, já que, como visto, é a própria pena de multa que vai grandemente inviabilizar a reinserção social do egresso do sistema prisional.

Sob essa ordem de ideias, o inadimplemento e a conseqüente impossibilidade — ou dificuldade — de extinção da punibilidade é que serão a causa para a sistemática violação dos direitos fundamentais destes indivíduos, concluindo-se, portanto, pela inconstitucionalidade da pena de multa cominada sem a devida individualização que deve levar em consideração não apenas as condições econômicas do apenado, mas igualmente os fatores sociais e as peculiaridades de cada caso concreto.

De mais a mais, verifica-se que a manutenção a cominação da pena de multa no escopo trabalhado neste estudo configura medida, além de inconstitucional, totalmente nociva à sociedade, vez que contribui significativamente para a dificuldade de reinserção social do egresso do sistema presidiário, que, por si só, já encontra entraves morais e éticos, além de ter-se demonstrado efetivo fator de fomento à reincidência criminal, do que se pode extrair, em brevíssima síntese, que a pena de multa cominada à grande maioria da população carcerária, ao invés de garantir a paz social, é instrumento de aumento de caos, desigualdade e insegurança.

A proposta, portanto, não é a extinção pura e simples da pena de multa, mas, sim, a aplicação adequada dos dispositivos legais, sobretudo constitucionais, à luz do supre princípio que é a dignidade da pessoa humana, a fim de garantir a devida aplicação caso a caso, com a correta individualização da pena, o que, inclusive, ao contrário do firmado pelo entendimento jurisprudencial outrora referido, vai ao encontro da efetivação do princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvío. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

BARATTA, A. Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado. Alemanha: Universidade de Saarland, 2007, p. 3. Disponível em <http://www.ceuma.br/porta/ wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf> Acesso em 27 de julho de 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I, 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Reincidência Criminal do Brasil. 14 de novembro de 2022. Arquivo digital. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/dependencia-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view> Acesso em 27 de julho de 2023.

BRASIL. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública** [livro eletrônico]. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública., 2023. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Acesso em 21 de julho de 2023.

BRAZIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal

CÍCERO, Jose. Prisão em liberdade: após cumprir pena, ex-presos são obrigados a pagar multa. **A Pública**, 2 de maio de 2023. Disponível em <https://apublica.org/2023/05/prisao-em-liberdade-apos-cumprir-pena-ex-presos-sao-obrigados-a-pagar-multas/#:~:text=Desde%202019%2C%20o%20n%C3%A3o%20pagamento%20impede%20a%20extin%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena,valores%20ou%20penhora%20de%20bens> Acesso em 27 de julho de 2023.

ESTADOS Unidos do Brazil. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890.

MINISTÉRIO da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Políticas Penais. Disponível em <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen> Acesso em 27 de julho de 2023.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jan./dez. 2004.

PRADO, Régis Luiz. **Multa penal**. Buenos Aires: Ediar, 1980, t. 1.

SANTOS, Alex de Jesus. **A pena de galés na Capital Paulista (1830-1850)**: livres e escravizados condenados a uma pena de trabalho forçado na cidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado em História Social) - Programa de Estudos Pós-Graduados em História, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24285/1/Alex%20de%20Jesus%20dos%20Santos.pdf> Acesso em 28 de julho de 2023.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro: Konfino, 1947, v. 1.

SUPERIOR Tribunal de Justiça. Tema Repetitivo nº 931. Disponível em https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=931&cod_tema_final=931 Acesso em 28 de julho de 2023.

TRIBUNAL de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Hipossuficiência do réu – descabimento de isenção da pena de multa. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/execucao-penal/hipossuficiencia-do-reu-2013-isencao-da-pena-de-multa-2013-descabimento-por-inexistencia-de-previsao-legal#:~:text=%E2%80%9CEm%20rela%C3%A7%C3%A3o%20o%C3%A0%20pena%20de,da%20situa%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mica%20do%20R%C3%A9u>. Acesso em 28 de julho de 2023.

LACERDA, Lucas. Brasil tem 832 mil presos: população carcerária é maior que a de 99 municípios brasileiros. **Folha de São Paulo**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/brasil-tem-832-mil-presos-populacao-carceraria-e-maior-que-a-de-99-dos-municipios-brasileiros.shtml>. Acesso em 28 de julho de 2023.

CRIMINOLOGIA E UMA VISÃO CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO CONTROLE SOCIAL

VANESSA MEDINA CAVASSINI¹
GABRIEL CAVASSINI SOARES²

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como propósito levantar questionamentos sobre a abordagem do controle social na criminologia, estimulando o leitor a adotar uma postura crítica em relação à realidade da sociedade atual.

Por meio da análise da história da criminologia e do controle social, serão abordadas suas metodologias, com possíveis sugestões de mudanças normativas, caso sejam necessárias.

Como ponto de partida, será realizada uma análise da história da criminologia, incluindo suas escolas e seguidores, com o intuito de destacar os aspectos críticos desde os primórdios até os dias atuais.

Também será explorado o *labeling approach*, uma abordagem desenvolvida no final dos anos 1950 e início dos anos 1960 pela Escola de Chicago nos Estados Unidos. Serão apresentados o contexto histórico e a criação dessa abordagem no campo da criminologia, bem como seus principais influenciadores.

Será discutido o processo de rotulação social relacionado à teoria do *labeling approach*³ e à seletividade do sistema penal, além de analisar como essa abordagem é aplicada na sociedade e as consequências contextuais resultantes. Por meio dessa análise, busca-se chegar a uma conclusão sobre a importância dessa estigmatização para o aumento da criminalidade.

1 Mestranda no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito: “Positivção e concretização jurídica dos Direitos Humanos pelo Centro Universitário UNIFIEO/2023. Pós Graduada em Direito Médico pela Faculdade Legale (2021), Pós graduada em Direito Previdenciário pela faculdade Legale (2020), Pós graduada em Direito Civil e Processo Civil na Escola Paulista de Direito-EPD (2015) Graduada em Direito pela Universidade Paulista UNIP, Advogada em São Paulo. Email: vanesamedina.advocacia@gmail.com

2 Graduado em Direito pela Universidade Paulista UNIP, Advogado em São Paulo. Email: Gabriel.cavassini@hotmail.com

3 O movimento criminológico do labelling approach, surgido nos anos 60, é o verdadeiro marco da chamada teoria do conflito. Ele significa desde logo o abandono do paradigma etiológico-determinista e a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático. (...) As questões centrais do pensamento criminológico, a partir desse momento histórico, deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências, bem como ao papel exercido pela vítima na relação delitual. (SHECAIRA, 2013)

Em seguida, será realizada uma análise da abordagem atual, que envolve a atuação do controle social na criminologia, e será estabelecido um paralelo com a realidade do século XXI, examinando seus pontos de convergência, divergência e, caso existam, as desvantagens da legislação vigente.

É importante ressaltar que este estudo não tem a intenção de esgotar completamente o assunto, mas sim estimular a reflexão e a discussão sobre as possibilidades de aprimoramento nesse aspecto fundamental, visando conscientizar o leitor sobre a aplicação diária dessa ferramenta chamada «controle social».

Por fim, como beneficiários reais deste trabalho, busca-se promover um pensamento crítico e, especialmente, compreender como o controle funciona, permitindo até mesmo uma perspectiva de “anticonrole”, além de explorar a possibilidade de propor alterações na legislação, se necessário, ou uma interpretação diferenciada das normas em vigor.

2. METODOLOGIA

O presente artigo foi realizado com base em um processo científico e seguiu os procedimentos metodológicos estabelecidos.

Assim, nesta seção, será demonstrada de forma clara e detalhada como o problema identificado poderá ser abordado e resolvido, bem como os critérios, estratégias e instrumentos empregados ao longo desse processo de solução, e de que maneira foram aplicados.

Este estudo é conduzido como uma pesquisa bibliográfica, utilizando como método a leitura exploratória e seletiva do material de pesquisa, bem como uma revisão integrativa. Essa abordagem contribui para o processo de síntese e análise dos resultados de diversos estudos, resultando em um corpo de literatura atualizado e compreensível.

A seleção das fontes de pesquisa é baseada em publicações de autores renomados no meio acadêmico, bem como em artigos publicados em periódicos.

O presente artigo jurídico adota o Método hipotético dedutivo, que consiste em delimitar um problema, propor uma solução hipotética e testar essa hipótese ao longo da pesquisa. A resposta adequada para o problema será deduzida na conclusão, com base na comprovação da hipótese.

O objetivo deste estudo é integrar conceitos básicos e informações científicas relevantes e atualizadas para analisar a legislação relacionada ao tema, especialmente no que diz respeito ao controle social em relação à titulação acadêmica. Serão verificadas a existência de lacunas, ausências ou a necessidade de unificação da interpretação legislativa.

Para isso, a abordagem adotada fora predominantemente teórica, com base em pesquisa bibliográfica, documental (indireta) e eletrônica. Foram revisados artigos, sites e jurisprudência relacionados ao tema.

3. O SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA

A autoria da palavra “Criminologia”, um termo híbrido de origem greco-latina, é atribuída a Raffaele Garofalo (Itália, 1851-1934), que a utilizou como título de sua principal obra.⁴ No entanto, é mencionado que o termo já havia sido empregado anteriormente na França por Topinard (1830-1911).⁵

No século XIX, mais precisamente em 1879, surgiu a proposta de investigar o crime, sendo que o termo “criminologia” foi introduzido por Topinard para descrever aqueles que se dedicavam ao estudo dessa área. Em 1885, Rafael Garofalo, um criminólogo positivista, se tornou o primeiro a publicar um trabalho intitulado “criminologia”, logo após o uso desse termo.

Existe controvérsia em relação à origem da criminologia, se ela teve início no século XIX com Lombroso ou no século XVIII com Beccaria. Do ponto de vista acadêmico, a criminologia é considerada a partir da publicação da obra “L’Uomo Delinquente” de Cesare Lombroso em 1876. Sua principal tese era a do criminoso nato, mas a questão que permanece é qual seria a causa do crime?

Ao longo da história, a criminologia apresentou diversas tendências causais. Rousseau acreditava que a causa do crime deveria ser encontrada na sociedade, enquanto Lombroso defendia que a causa residia no próprio criminoso. Essas tendências extremas divergiam quanto à busca das causas da criminalidade, uma focada na sociedade e a outra no indivíduo, especificamente nos traços morfológicos do criminoso nato. No entanto, tanto as abordagens sociológicas quanto as orgânicas falharam isoladamente.

Atualmente, o conceito biopsicossocial ganhou destaque na criminologia. Os estudos de endocrinologia ressurgiram e relacionam a agressividade do criminoso à presença de testosterona, o hormônio masculino. A genética também busca identificar um possível “gene da criminalidade” no genoma humano. Além disso, são considerados os transtornos relacionados à violência urbana, guerras, fome, entre outros fatores. Em resumo, a criminologia abrange teorias que analisam o crime, a criminalidade, o criminoso e a vítima. Ela transita por diversas

4 GAROFALO, Raffaele. **Criminology**, 1914. Disponível em: <https://www.google.com.br/books/edition/Criminology/4700AwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=Raffaele+Gar%C3%B3falo,+Criminologia.&printsec=frontcover>. Acesso em 05/07/2023

5 TOPINARD, Paul. **Éléments d’anthropologie sociale** (1885). Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=37BnAAAAIAAJ&pg=GBS.PP6&hl=pt>. Acesso em 05/07/2023.

áreas, como sociologia, psicopatologia, psicologia, religião, antropologia, política, pois está relacionada ao universo da ação humana.

Conforme descrito por Molina e Gomes (2002, p. 155) é: “... ciência empírica interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator da vítima e do controle social do comportamento delitivo.”

A criminologia é uma ciência que lida com a realidade e não é uma disciplina exata. É interdisciplinar, pois estabelece diálogos com outras áreas como biologia, sociologia, antropologia, entre outras. Seu estudo se concentra na análise das causas e concausas da criminalidade e da periculosidade associada a ela. Examina as manifestações e os efeitos do crime e da periculosidade, além de abordar a política voltada para enfrentar e prevenir esses fenômenos. Em resumo, a criminologia busca encontrar informações válidas, embasadas em estudos realizados por diversos cientistas, sobre a origem do crime e os fatores que contribuem para o surgimento desse fenômeno.

A criminologia busca obter informações válidas e comprovadas por meio de estudos realizados por vários cientistas, visando entender a origem do crime e os fatores que levam ao surgimento desse fenômeno. O crime é considerado pela criminologia como um problema tanto individual quanto social.

Existe uma relação essencial entre a criminologia e o direito penal. O direito penal é uma ciência normativa que se concentra na repressão social do crime por meio de regras codificadas, enquanto a criminologia é uma ciência empírica que estuda as causas e os efeitos da criminalidade, baseada na análise do crime, do infrator, da vítima e do controle social. A criminologia orienta a política criminal no que diz respeito à prevenção de novos delitos.

A criminologia estuda o crime como um problema, enquanto o direito penal se preocupa em impor limites ao poder punitivo do Estado. A criminologia é capaz de produzir um conhecimento teórico que serve como base para explicar e prevenir o crime. Ao comparar a criminologia e o direito penal, podemos identificar três conceitos de delito: material, formal e analítico presentes no direito penal.

O conceito material está relacionado a uma ação que cause danos sociais ou lesione um bem jurídico. O conceito formal está ligado à existência de uma lei penal que defina um determinado ato como crime. Por outro lado, o conceito analítico descreve os elementos estruturais e aspectos essenciais do conceito de crime.

Esses conceitos desempenham um papel fundamental na aplicação da hermenêutica. Eles permitem que o intérprete da lei aplique a norma abstrata a uma situação concreta com a segurança necessária. Na realidade, os conceitos formal e material não capturam com precisão o que constitui um crime. Se houver uma lei

penal estabelecida pelo Estado que proíba uma determinada conduta e o agente a violar, na ausência de qualquer cláusula que exclua a ilicitude ou que justifique a ausência de culpabilidade, haverá a configuração de um crime. Por outro lado, o conceito material enfatiza a importância do princípio da intervenção mínima, afirmando que apenas ocorrerá um crime quando a conduta do agente afetar os bens mais importantes.

A criminologia moderna não se baseia mais no dogma de que vivemos em uma sociedade consensual, mas reconhece que vivemos em uma sociedade conflituosa. Simplesmente afirmar que o crime é definido legalmente não explica tudo e oferece pouca ajuda para compreender a origem do crime.

O crime é um fenômeno complexo e pode ter várias causas, como desigualdades sociais extremas em uma determinada área, desequilíbrios hormonais no corpo de uma pessoa, problemas psicológicos como traumas, fobias e diversos distúrbios emocionais, entre outros. A criminologia moderna busca antecipar-se aos fatos que precedem o conceito jurídico-penal de crime. Enquanto o Direito Penal age apenas após a execução ou consumação do crime (por exemplo, na tentativa), a criminologia busca ir além disso.

4. AS ESCOLAS DA CRIMINOLOGIA

As escolas criminológicas surgiram no século XVIII com o objetivo de estudar o crime como um fenômeno individual relacionado aos direitos naturais do homem e às leis que garantem esses direitos. Essas escolas refletiram a transição do pensamento ilusionista e sobrenatural para o pensamento abstrato. Argumentava-se que o ser humano buscava o prazer e recorria ao crime para satisfazer seus desejos. No entanto, se considerarmos o livre arbítrio humano, a responsabilidade penal se torna um ponto crucial para a postura do criminoso diante do crime.

Destaca-se a figura de Cesare Beccaria, autor da obra “Dos delitos e das penas”, que abordava o problema criminal e sintetizava o pensamento liberal diante das injustiças. Beccaria defendia que apenas as leis poderiam estabelecer o que é considerado crime, que atos desumanos eram contrários ao bem público, que as acusações não deveriam ser secretas, que as penas deveriam ser iguais para todos e que a tortura não deveria ser utilizada.

4.1. A ESCOLA POSITIVISTA

No final do século XIX, surgiu a Escola Positivista, que teve um impacto significativo no campo do direito e das ciências criminais, principalmente na Europa. Seus principais influenciadores foram Cesare Lombroso, Eurico Ferri e Garofalo, e eles foram responsáveis por introduzir uma abordagem biológica do crime.

Embora pertencessem à mesma escola, Lombroso e Ferri tinham opiniões divergentes. Lombroso acreditava que as características mentais ou físicas do indivíduo, bem como a aparência, determinavam a propensão ao crime, inclusive por influência de antepassados. Por outro lado, Ferri afirmava que as condições sociais circundantes eram responsáveis por levar o indivíduo ao crime.

Através da busca por entender os motivos pelos quais as pessoas se tornavam criminosas e os fatores que as influenciavam interna e externamente, eles procuraram justificar o perfil dos criminosos. Os influenciadores dessa escola tinham opiniões divergentes, mas compartilhavam a visão de que o crime é um fato histórico e real que prejudica a sociedade, buscando assim prevenir o crime através de programas de prevenção e priorizando o estudo dos delinquentes independentemente dos delitos cometidos.

4.1.1. A Escola Crítica

No século XX - XXI, surgiu a Escola Crítica na criminologia, baseada na concepção marxista. Essa escola busca analisar a sociedade repleta de conflitos, destacando a estrutura socioeconômica, as desigualdades e as injustiças dentro da lógica capitalista. De acordo com essa abordagem, as injustiças sociais são responsáveis pela criminalidade, sendo inerentes a esse modelo socioeconômico.

O objetivo principal dessa escola é estudar o controle social por meio de um método dialético, que envolve a contraposição e a contradição de ideias, levando a novas ideias. Alguns adeptos dessa abordagem são Barrata, Taylor, Juarez e Cirino dos Santos.

Nessa Escola, teorias como a Abordagem do Rotulamento (*Labelling Approach*) e a Reação Social são utilizadas para justificar o controle da criminalidade como uma causa. Argumenta-se que os mecanismos de controle social rotulam os delinquentes, diferenciando-os dos demais. Isso desencadeia uma reação social que leva à discriminação, resultando na perpetuação da atividade criminosa e na criação de uma “subcultura” marginalizada que aproxima esses criminosos.

Segundo Antônio Pablos de Molina, a Criminologia Crítica desafia toda a estrutura social, demonstrando simpatia pelas minorias desviadas e questionando os fundamentos morais do castigo, atribuindo a culpa à sociedade. Essa abordagem defende, de certa forma, a não intervenção punitiva do Estado.

A Escola Crítica também rejeita qualquer possibilidade de ressocialização do agressor. Acredita-se que a pena deva servir apenas para afastar o criminoso do convívio social.

Por fim, a Escola Crítica baseia-se na causalidade e busca a reforma social como objetivo fundamental do Estado no combate à criminalidade. Nessa

perspectiva, a pena tem como finalidade a defesa social, pois não se acredita na possibilidade de ressocialização do indivíduo condenado.

4.1.2. A Escola Científica Moderna

Após a Segunda Guerra Mundial, no século XX até o século XXI, a criminologia entrou em uma fase conhecida como Escola Científica Moderna. Essa abordagem é considerada um somatório de todas as escolas anteriores, mas com uma perspectiva de leitura “qualitativa”. O foco de estudo inclui a vítima, o criminoso e o controle social, que também são objetos de interesse da criminologia crítica.

Houve uma mudança nos interesses criminológicos em comparação com períodos anteriores, mas o conceito de crime ainda é mantido, sem questionar as teorias que são fundamentais nessa área desde o seu surgimento. Isso inclui o princípio da diversidade patológica, que considera as disfunções comportamentais do indivíduo, e os objetivos da pena como uma resposta justa e útil ao crime. (GOMES, MOLINA, 2002. p. 64).

De acordo com Gomes e Molina (2002. p. 71), a criminologia deve abordar o crime como um problema social e comunitário, ou seja, com ocorrência generalizada na população e com uma incidência persistente.

Através de um método interdisciplinar negativo, defendido por Molina e Calhau, essa abordagem se concentra em questionar os fundamentos ideológicos da criminologia tradicional, incluindo a própria definição de crime, punição e pena. De acordo com essa escola, os métodos utilizados até então são extremamente problemáticos, conflitantes e inseguros. Portanto, é necessário reavaliar a questão criminal de uma maneira desmistificadora e realista, colocando em dúvida os dogmas da criminologia clássica à luz dos conhecimentos científicos interdisciplinares da nossa época. (MOLINA GOMES, op. cit, p. 65)

5. ORIGEM DA TEORIA DO LABELLING APPROACH

5.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Desenvolvida no final dos anos 1950 e início dos anos 1960 pelos acadêmicos da Escola de Chicago, nos Estados Unidos, surgiu como um novo paradigma criminológico em resposta às mudanças sociais e criminais que influenciaram o sistema de justiça criminal. Esse paradigma é conhecido como a teoria da reação social, pois critica o antigo paradigma etiológico, que analisava o criminoso com base em suas características individuais. O novo paradigma concentra-se na análise do sistema penal e do fenômeno de controle.

Segundo Hassemer (2005), o enfoque do etiquetamento, também conhecido como *labeling approach*, tem como tese central a ideia de que a criminalidade é resultado de um processo de imputação.

“a criminalidade é uma etiqueta, a qual é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social” (HASSEMER, 2005, p. 101-102, grifo do autor). “[...] o *labeling approach* remete especialmente a dois resultados da reflexão sobre a realização concreta do Direito: o papel do juiz como criador do Direito e o caráter invisível do lado interior do ato”. (HASSEMER, 2005, p. 102, grifo do autor).

Segundo Hassemer (2005), na perspectiva do papel do juiz como criador do Direito, a lei não consegue garantir de forma inquestionável e completa a sua aplicação ao caso concreto. Ela depende da interpretação do juiz, e é a partir dessa interpretação que a lei adquire seus contornos precisos. “É o juiz que contempla, aperfeiçoa e corrige a lei”.

Hassemer e Conde destacam que essa teoria foi influenciada por perspectivas marxistas.

“Próxima à criminologia de cunho marxista porque, para Marx, a delinquência não era um comportamento anterior a qualquer sistema de controle social ou jurídico, mas sim um produto desse sistema. Outrossim, as ideias de Marx contribuíram para a teoria do etiquetamento, especialmente pela crítica ao mito do Direito Penal como igualitário, demonstrando a impossibilidade de existir um direito (penal) que prega igualdade em uma sociedade extremamente desigual”.

Além disso, Molina argumenta que “Segundo esta perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como criminosas”. Crime e reação social são conceitos que estão intrinsecamente ligados, sendo interdependentes, recíprocos e inseparáveis.

Nessa perspectiva do *labeling approach*, é esperado que o Ministério Público, a polícia e o tribunal sigam a lei em suas atividades sistemáticas. Assim, “eles não retiram (nem podem retirar), de modo independente, a etiqueta de criminoso da lei, mas de suas próprias noções de limite entre o comportamento criminoso e o não criminoso” (HASSEMER, 2005).

Dentro da tese da indivisibilidade do lado interior do ato, destaca-se a importância das dificuldades encontradas no procedimento judicial e, especialmente, no processo penal.

Hassemer (2005) ensina que em todo processo penal, parte-se do entendimento e da intenção do indivíduo, ou seja, se houve a intenção deliberada (dolo) ou a negligência (culpa) na conduta do réu. “Não se pode observar o interior de um homem do mesmo modo que a arma do ato ou o slogan estampado na parede da casa; sobre as condições interiores só se pode deduzir”.

De acordo com o *labeling approach*, isso implica que os agentes do controle social formal, ao analisarem o interior de um indivíduo, não têm outra opção senão atribuir características e intenções específicas. Eles não podem ler a mente do indivíduo, portanto, não podem saber se alguém que estava dirigindo rapidamente ao passar por um policial rodoviário, que só conseguiu escapar graças a um salto rápido, estava aprovação consciente do resultado fatal. No entanto, os juristas seriam responsáveis por fazer essa imputação.

Conforme a perspectiva de Baratta (2002), o *labeling approach* sustenta que, para entender a criminalidade, é necessário analisar o funcionamento do sistema penal. “que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (política, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam)” (BARATTA, 2002, p. 86).

De acordo com o mesmo autor, os defensores do *labeling approach* destacam que o que diferencia a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é a consciência crítica trazida pela nova concepção. Eles consideram o criminoso e a criminalidade como realidades sociais que são construídas por meio dos processos de interação que os caracterizam.

Revela Larrauri (1992) também destaca que a perspectiva mais influente na década de sessenta foi o *labeling approach* ou abordagem de rotulagem. Autores como Erving Goffman e Howard Becker (1963) são considerados relevantes nessa teoria.

Segundo, Penteadó e Penteadó Filho (2021, p.88) por meio dessa teoria, a criminalidade não é uma qualidade da conduta humana, mas a consequência de um processo em que se atribui tal “qualidade” (estigmatização).

No âmbito da Ciência Criminológica, havia uma busca por uma nova explicação para o fenômeno criminoso, a fim de superar o modelo tradicional baseado em uma abordagem positivista e individualista. Os defensores da escola positivista acreditavam que a criminologia deveria se concentrar nas determinantes que influenciaram o comportamento do transgressor. O que é realmente relevante para a análise criminológica é entender as causas por trás do comportamento anormal do criminoso.

Os criminologistas tradicionais estudam o fenômeno criminal por meio de perguntas como: “Quem é o criminoso?”, “Como ele se torna desviante?” e “Sob quais condições um condenado se torna reincidente?”. No entanto, foi durante esse período de revolução cultural que o positivismo se mostrou insuficiente para explicar uma nova forma de desvio típico - práticas criminosas sem vítimas, que incluíam crimes políticos, manifestações pacifistas e campanhas em defesa dos direitos humanos.

Portanto, fica claro que não se poderia aceitar uma criminologia que apoiasse as violações sociais, que mantivesse o status quo ⁶ e servisse ao poder estabelecido. Assim, é nesse contexto que surge a “*Teoria do Labelling Approach*”, também conhecida como teoria da etiquetagem ou perspectiva interacionista. Essa teoria é considerada um paradigma da reação social, pois critica o paradigma etiológico predominante até então, que analisava o criminoso com base em suas características individuais.

O Professor Doutor Sérgio Salomão Shecaira enfatiza o contexto histórico em que surgiu a teoria do *Labelling Approach*:

O movimento criminológico do *labelling approach*, surgido nos anos 60, é o verdadeiro marco da chamada teoria do conflito. Ele significa desde logo o abandono do paradigma etiológico-determinista e a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático. (...) As questões centrais do pensamento criminológico, a partir desse momento histórico, deixam de referir-se ao crime e ao criminoso, passando a voltar sua base de reflexão ao sistema de controle social e suas consequências, bem como ao papel exercido pela vítima na relação delitual. ⁷

Com base nessa teoria, o foco se desloca do indivíduo para a sua integração na sociedade e nos grupos, levando em consideração não apenas suas características intrínsecas. Esse novo paradigma analisa as circunstâncias em que um indivíduo pode ser considerado um desviante.

De acordo com os estudiosos do *labelling approach*, o crime é uma característica atribuída a um comportamento que surge a partir de um processo de interação entre o sujeito que realiza a conduta e a sociedade. A abordagem de etiquetagem argumenta que são as instâncias de poder que definem e rotulam quais comportamentos devem ser considerados criminosos.

A teoria da etiquetagem estabelece que os comportamentos desviantes na sociedade são o resultado da reação social, e que o delinquente se distingue do homem médio apenas por causa do estigma que ele sofre. Com base nessa premissa, o delinquente deixa de ser o foco principal do estudo da criminologia, e passa a serem as instâncias de controle que rotulam o indivíduo como infrator. Assim presume o Dr. Figueiredo Dias:

(...) O labeling approach vai levar a cabo uma deslocação fundamental de perspectiva, que se exprime numa radical alteração dos protagonistas. Pois enquanto em toda criminologia anterior os protagonistas eram o delito e delinquente, agora esse papel cabe também e sobretudo a quem reage ao delito e ao delinquente. O que põe em causa uma nota fundamental da criminologia tradicional, qual era a de tentar determinar o que havia de diferente no ato e na pessoa

6 “Status quo e statu quo” são formas abreviadas da expressão do Latim in statu quo res erant antebellum (“no estado em que as coisas estavam antes da guerra”). Significam “no mesmo estado queantes”, “o estado atual das coisas, seja em que momento for”.

7 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5 ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 236.

do desviante; enquanto, para o labeling, a diferença deve ser procurada nas reações sociais ao delito e ao delincente que se processam a todos os níveis, ao longo do corredor do desvio.⁸

O *labelling approach* não consegue explicar por que ocorre o fenômeno da criminalidade na sociedade, no entanto, argumenta que a seleção de comportamentos reconhecidos como criminosos pelo Direito Penal é determinada pelos setores da sociedade que possuem esse poder, e não por características estruturais objetivas.

Dessa forma, podemos inferir que o *Labelling Approach* emergiu em um contexto histórico marcado por intensas lutas sociais nos Estados Unidos e em outros lugares. Nesse contexto, o paradigma da defesa social surgiu para desafiar o paradigma etiológico, no qual o indivíduo passou a ser examinado como um membro de uma sociedade e de grupos sociais, com uma identidade social, não sendo mais considerado apenas um ser individual.

4.2. O CONTROLE SOCIAL

Diversos autores discutem o uso do conceito de “controle social” na criminologia como uma ferramenta. Essas discussões são influenciadas por momentos históricos e levam a grandes debates que afetam não apenas a criminologia, mas também temas relevantes como políticas de segurança pública, unidades pacificadoras (UPP’s), sistema prisional e a forma como a pena é aplicada na sociedade.

A utilização frequente acaba por vezes banalizar o conceito, ao não se esforçar para compreender que ao adotar a perspectiva de uma classe ou grupo (seja ideológico ou utópico), o indivíduo não estará apto a compreender plenamente a realidade como um todo, uma vez que essas perspectivas sempre limitam sua compreensão em relação às visões “adversárias”.

Mannheim (1971, p. 178) a define como o “conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”.

Para compreender a sistemática utilizada, é importante abordar a questão de quem controla a sociedade: algo controla a sociedade ou a sociedade controla algo? A vida em sociedade muitas vezes apresenta formas de censura e restrição das liberdades individuais, impostas de acordo com um padrão social estabelecido que deve ser seguido.

De acordo com o *labelling approach*, aqueles que não se encaixam nesse padrão são marginalizados simplesmente por não seguirem as normas sociais “es-

8 DIAS, Figueiredo. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro**. III Jurídica. Coimbra. Ano: 1983. Página 153

peradas”. O controle social se manifesta de várias formas, como punição, multas, prisão e até mesmo humilhação e ridicularização dos indivíduos.

A utilização do crime e da pena como mecanismos de prevenção e coerção na sociedade surge quando alguém desobedece às normas sociais e ameaça a ordem social. Embora esse enfoque seja voltado para o criminoso, ele reforça a manutenção do padrão social dominante.

É evidente que o controle social está intrinsecamente ligado à estrutura de poder da sociedade, e pode variar de acordo com a ideologia do Estado. Essa ideologia de poder também sofre mudanças ao longo do tempo. Por exemplo, os crimes hediondos são considerados pelos legisladores como merecedores de maior reprovação por parte do Estado. São os crimes mais graves, chocantes e repulsivos, que causam uma aversão maior na coletividade. No entanto, os conceitos da sociedade podem mudar ao longo do tempo.

Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir” publicada em 1975, questiona a concepção liberal e analisa o sistema prisional moderno como uma evolução em termos de humanização em comparação com as práticas medievais. No entanto, ele argumenta que a prisão utiliza técnicas disciplinares que vão além dos muros da instituição, espalhando-se por toda a sociedade em diversas instituições como fábricas, hospitais e escolas.

Segundo Foucault, o poder disciplinar tem como objetivo treinar e controlar os indivíduos, de forma que eles se sintam constantemente vigiados. Para alcançar esse objetivo, são utilizados mecanismos como hierarquia, sanção normalizadora e exame. Essas técnicas são aplicadas tanto em sistemas prisionais quanto em outras instituições especializadas, visando a socialização dos indivíduos, como a família.

Foucault acredita que a existência contínua da prisão se deve ao seu papel crucial na gestão das ilegalidades das classes dominadas, criando um ambiente delincente isolado e útil para os interesses políticos das classes dominantes. Apesar das críticas, a prisão não tem demonstrado eficácia em reduzir a criminalidade, reincidência ou a fabricação de delinquentes.

Nesse sentido, Foucault nos leva a refletir que a prisão não se trata apenas de um mecanismo de controle social ou de repressão, mas sim de uma rede de poder com relações de força que muitas vezes se manifesta através de coerção e violência, tanto física quanto moral.

O controle social é exercido de diferentes formas, dependendo da situação, com o objetivo de justificar seus meios. Esses meios podem ser não violentos, como no direito civil, direito de família, direito tributário e outros aspectos da

vida cotidiana. Por outro lado, também existem meios violentos de controle social, que envolvem o direito penal, direito processual penal e o sistema prisional.

Além disso, há outras formas de limitações e imposições de valores que enfrentamos no nosso dia a dia, por meio de influências informais, como a família, escola, trabalho e comunidade, que nos direcionam a seguir um determinado padrão social. Por outro lado, também existem meios formais de controle social, que são estruturados, difusos e altamente organizados, como o sistema judiciário, a polícia, a administração pública e as instituições fiscais.

O principal desafio consiste em buscar uma forma de anticontrole, caso isso seja possível. Movimentos sociais têm surgido em resposta à situação atual da sociedade, como o movimento “Vem para Rua”,⁹ que utiliza os meios de controle existentes, como as mídias sociais, para mobilizar a sociedade e questionar a realidade atual do país. Esses movimentos surgem em decorrência das condições econômicas, políticas e sociais do país, buscando uma transformação e questionando os mecanismos de controle social vigentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando tudo o que foi mencionado, fica evidente que as instâncias de controle, tanto informais quanto formais, rotulam e estigmatizam indivíduos que não se encaixam nos padrões sociais, levando-os a se tornarem desviantes, o que acarreta consequências significativas em suas vidas. Esse processo de desvio inicial pode levar o indivíduo ao submundo do sistema prisional, onde ele se consolida como criminoso, conforme destacado pelos teóricos dessa teoria do desvio secundário. Ao entrar nesse segundo ciclo, o criminoso encontra dificuldades para reintegrar-se à sociedade, uma vez que já foi excluído anteriormente, e acaba recorrendo novamente ao crime.

Essa reflexão nos leva a questionar o papel das prisões na sociedade. Acredita-se que uma das funções da pena privativa de liberdade seja a ressocialização. No entanto, é importante ressaltar que não é possível ressocializar alguém que nunca foi devidamente socializado e que está sendo excluído pelos muros da prisão. De acordo com a teoria dos desvios primários e secundários, o indivíduo que é encarcerado já era considerado desviante pela sociedade, ou seja, não foi adequadamente integrado socialmente. Portanto, torna-se difícil conceber que a

9 É um movimento suprapartidário, democrático e plural que surgiu da organização espontânea da sociedade civil em 2014. Ao longo de sua história, suas manifestações levaram mais de 6 milhões de pessoas às ruas, em 13 grandes manifestações pacíficas e ordeiras, em mais de 250 cidades. Duas delas, março/2015 e março/2016, entraram para a história como as maiores manifestações da sociedade civil no Brasil. Disponível em: <https://www.vempraru.net/o-movimento/#vem-pra-rua>. Acesso em: 07/07/2023.

pena privativa de liberdade, representada pela prisão, possa cumprir efetivamente o objetivo de ressocialização.

Com base no ciclo mencionado anteriormente, fica evidente que a prisão apenas reforça a exclusão do indivíduo da sociedade. Ao passar pelo sistema prisional, aquele que já era marginalizado por não se encaixar nos padrões sociais receberá mais um rótulo e será ainda mais excluído. O desvio secundário desempenha um papel fundamental na formação criminosa desse indivíduo. Portanto, além de ser impossível ressocializar alguém que nunca foi devidamente socializado, a prisão apenas contribui para a dessocialização do indivíduo, levando-o a adquirir mais estigmas e comportamentos desviantes, o que aumenta ainda mais sua exclusão.

Dessa forma, fica claro que a prisão não é a solução para a “ressocialização”. Primeiramente, é necessário incluir os desviantes primários na sociedade por meio de projetos sociais e políticas públicas que os façam sentir-se parte integrante da comunidade, em vez de excluídos e rejeitados. Além desse processo de inclusão, é essencial promover uma reforma nas instâncias de controle formal, de modo a garantir um tratamento igualitário a todos os indivíduos, independentemente de sua classe social ou do tipo de crime cometido. Assim, a lei seria aplicada de forma equitativa para todos.

Observa-se que as estratégias utilizadas pelas classes dominantes são complexas, limitando as possibilidades de resistência ao controle social. Portanto, é essencial adotar uma visão crítica em relação aos mecanismos empregados, desde a linguagem e o discurso até as formas concretas de controle. É necessário compreender o sistema como um todo para ser capaz de desenvolver um pensamento crítico e, possivelmente, buscar alternativas.

É importante ressaltar que este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim de provocar a reflexão e o debate sobre as possibilidades de aprimoramento de um aspecto crucial, que é o controle social como ferramenta da criminologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA**, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Girino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p..86.
- BECKER**, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- DIAS**, Figueiredo. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro. III Jurídica. Coimbra. Ano: 1983.
- CALHAU**, Lélío Braga. **Breves considerações sobre a Importância do Saber Criminológico pelos membros do Ministério Público**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/486-breves-consideracoessobre-a-importancia-do-saber-criminologico-pelos-membros-do-ministeriopublico.html>. Acesso em 08/05/2017.

CONDE, FRANCSCIO MUÑX; HASSEMER, WINFRIED. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1977. p.277.

GAROFALO, Raffaele. *Criminology*, 1914. Disponível em: <https://www.google.com.br/books/edition/Criminology/4700AwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=Raffaele+Gar%C3%B3falo,+Criminologia,&printsec=frontcover>. Acesso em 05/07/2023

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Affen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

LARRAURI, Elena. **La herencia de a criminologia crítica**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1992.

MANNHEIM, K. **Sociologia Sistemática: uma introdução ao estudo de sociologia**. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1971.p.178.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; Gomes, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p.64; p. 65; p. 71 e p. 155.

PENTEADO, Nestor Sampaio; FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Manual Esquemático de Criminologia**. 11° ed. Saraiva. 2021. p. 85

TOPINARD, Paul. **Éléments d'anthropologie sociale** (1885). Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=37BnAAAIAAJ&pg=GBS.PP6&chl=pt>. Acesso em 05/07/2023.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.236

_____. **Vem pra rua, o movimento. Você pode mudar o Brasil**. Disponível em: <https://www.vempraruane.com/o-movimento/#vem-pra-rua>. Acesso em: 07/07/2023.

O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMPREENDE OS CRIMES AMBIENTAIS?

VÍTOR DE SOUZA ISHIKAWA¹

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica detém uma função de promoção da segurança jurídica voltada à aplicação das normas.² Recai sobre a dogmática jurídico-penal³ uma exigência ainda mais intensa de garantir segurança jurídica, de racionalização, dado que o Direito Penal trata em essência do exercício do poder punitivo do Estado, que carrega consigo a intervenção mais agressiva ao cidadão aos seus direitos fundamentais – e que não se restringe, na prática, à sua liberdade e que opera seletivamente, à mercê do princípio da igualdade.⁴ Para além de previsibilidade jurisdicional e de construção conceitual, a legitimidade da dogmática jurídico-penal condiciona-se à vinculação das agências judiciais a um compromisso de otimização de “seu exercício de poder para controlar, limitar e reduzir o poder das agências de criminalização primária e secundária”⁵.

Um esforço dogmático de racionalização implica no emprego de conceitualizações e sistematizações capazes de organizar e resolver problemas normativos.⁶ Essas ferramentas permitem um diálogo entre o mundo da vida e o mundo do Direito, o teórico e o prático, o sistemático e o tópico.⁷ O seu valor reside em

-
- 1 Graduado em Direito e Pós-Graduado em Ciências Jurídico-Penais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Messtrando em Direito Penal na Universidade de São Paulo (USP). Bolsista CAPES. E-mail: vitorishikawa123@gmail.com.
 - 2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 280-281. “La construcción dogmática no persigue más que hacer segura para el individuo la aplicación del derecho en un estado de derecho”. *Ibidem*, p. 290.
 - 3 A especificidade da dogmática jurídico-penal, para além da pena, diz respeito à imputação, sem deixar de considerar a sua função de garantia de segurança jurídica. Como ensina Silva Sánchez, “[l]a subsistencia de la dogmática se halla íntimamente asociada a la concepción de ésta como una disciplina que tiene que ver con la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **En busca del Derecho penal**: Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2015, p. 163. Conferir, também, HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 58, jan.-fev. 2006, p. 64-84.
 - 4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmatica juridico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 25-30.
 - 5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Dereito penal brasileiro**: primeiro volume, Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 153.
 - 6 Sem se esgotar nisto a sua potencialidade, isto é, “a Dogmática Jurídica não se exaure na tarefa – embora relevantíssima e decisiva – de interpretação, construção e sistematização de modelos jurídicos, numa análise de todos os processos que integram técnica jurídica, pois implica e pressupõe a determinação de seus princípios constitutivos na condicionalidade do ordenamento vigente”. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 92.
 - 7 Até porque, como indica Rainer Zaczyk, “los conceptos jurídicos no pueden mantenerse a una distancia teórica y fría de los seres humanos y su vida práctica, sino que más bien han de reflejar esta realidad también desarrollada históricamente y culturalmente determinada, para poder convertirse entonces en parte determinante de esa realidad”. ZACZYK, Rainer.

uma fundamentação válida e em sua capacidade de solução de casos quando da aplicação normativa. Gimbernat Ordeig leciona que a dogmática penal, ao definir conceitos e limites, combate a irracionalidade e a arbitrariedade e propicia um Direito Penal que funcione de forma segura e previsível.⁸

As propostas de conceituação e de sistematização de um Direito Penal Econômico carregam consigo uma finalidade de agrupar uma série de leis especiais e tipos penais que, por suas semelhanças, apresentam desafios normativos afins. Enquanto em outras áreas do conhecimento as ferramentas de conceituação e de sistematização guardam certa função de descrição, aos saberes normativos só se permite a construção e o desenvolvimento de conceitos úteis à função dogmática. Em outras palavras: a conceituação e a sistematização por si sós revelam-se inúteis se incapazes de responderem a problemas de aplicação concreta e segura.

A estruturação sistemática de uma disciplina de Direito Penal Econômico permite não só um horizonte de racionalidade normativo intrassistemático de delimitação das zonas do justo e do injusto por meio, por exemplo, da categoria do bem jurídico-penal, conforme uma dimensão de tipicidade material, até do âmbito de proteção da norma e da punibilidade, e um meio de responder de forma mais ou menos harmônico as especificidades dos crimes econômicos, que não se adequam confortavelmente à formulação tradicional de alguns elementos da teoria do delito, como a causalidade e da autoria.⁹ Tão importante quanto, a categoria de Direito Penal Econômico revela-se um instrumento útil à historicização da expressão do poder punitivo na esfera econômica, com impactos diretos na compreensão do fenômeno político e social da criminalidade econômica (ou dos chamados *white-collar crimes*) e no campo da Política Criminal.

Pretende-se, neste trabalho, conforme o pressuposto dogmático estabelecido, realizar uma aproximação conceitual do Direito Penal Econômico a fim de atender à indagação inscrita já em seu título: o Direito Penal Econômico compreende os crimes ambientais? Iniciar-se-á com uma proposta de demarcação dos limites semântico-dogmáticos do Direito Penal Econômico e do Direito

Libertad, derecho y fundamentación de la pena. Eduardo Montealegre Lynett et al (Compiladores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 204.

8 "Die Strafrechtsdogmatik bezeichnet also den Inhalt des Strafrechtes, welche Voraussetzungen zur Erfüllung eines Straftatbestandes eintreten müssen, das, was ein Tatbestand von einem anderen abgrenzt, wo das Ende des straflosen Verhaltens und wo der Anfang des strafbaren liegt. Indem die Strafrechtsdogmatik Grenzen setzt und Begriffe bildet, ermöglicht sie eine sichere und berechenbare Anwendung des Strafrechtes und entzieht es der Irrationalität, der Willkürlichkeit und der Improvisation". GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 82, v. 2, 1970, p. 405.

9 TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 41. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 41, n. 2, p. 529-558, mai.-ago. 1988. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 99, nov.-dez., 2012.

Penal Ambiental para que, ao fim, se enfrente diretamente os seus encontros e desencontros.

2. PRESSUPOSTOS DE DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

Observando-se os limites de um artigo, optar-se-á por não apresentar de forma enumerada as distintas teorias voltadas à delimitação conceitual do Direito Penal Econômico e ponderar sobre seus fundamentos.¹⁰ Pretende-se expor uma breve síntese da proposta conceitual que adotamos e de seus critérios de definição, sem deixar de considerar e analisar a força argumentativa e dogmática de outras propostas.

O critério definidor deve necessariamente revestir-se de caráter dogmático, normativo, coerente com os pressupostos metodológicos já delineados, conforme “*la necesidad de delimitar los contornos del grupo desde el prisma del bien jurídico protegido*” e “*la conveniencia de examinar con carácter general el amplio elenco de cuestiones jurídicas comunes a todas las figuras delictivas*”¹¹. O adjetivo “econômico” qualifica “Direito Penal”, que o restringe ao seu próprio âmbito: não se trata de uma disciplina nova ou autônoma, e sim de uma segmentação que abrange um recorte de um todo (as normas penais incriminadoras). Este recorte submete-se a um parâmetro capaz de, ao mesmo tempo, diferenciar este segmento de outros e lhe dar um conteúdo com relativa (e não absoluta) autonomia e coerência com o todo.

É por meio da categoria de bem jurídico-penal e de sua natureza, portanto, que é possível traçar as fronteiras semânticas do Direito Penal Econômico. Isso porque, a um, o bem jurídico-penal funciona como um metacategoria que dirige e distingue o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito enquanto um todo quando cumpre suas funções interpretativas e político-criminais – seja ao dar significado ou ao estabelecer a extensão de conceitos como de tipicidade material, de crime impossível, de tentativa e de imputação objetiva, seja ao propiciar um fundamento externo de redução e controle do poder punitivo – e porque, a dois, condutas diferentes podem ser criminalizadas por, conforme o princípio da lesividade, colocar em risco ou lesionar o mesmo bem jurídico-penal, o que obriga a agrupar tipos penais semelhantes em seu aspecto material.

10 Cf., na doutrina pátria, SOUZA, Luciano Anderson. Conteúdo do Direito Penal Econômico. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico: parte geral e leis penais especiais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022; COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 47-70; DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 116-130.

11 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general**. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

De início, o bem jurídico-penal que delimita o Direito Penal Econômico deve ter natureza supraindividual, ainda que a sua referência em determinado tipo penal seja mediata.¹² É que a própria noção de pretensão de tutela jurídico-penal do aspecto econômico da existência humana indica que não se toma como referencial direto o indivíduo, e sim bens que potencializam a capacidade de gozo e de uso de bens jurídico-penais individuais¹³ e em que seja possível um vínculo, ainda que indireto, com a pessoa humana em seu existir e em seu desenvolvimento pessoal. Restam apartados quaisquer tipos satisfeitos por bens jurídico-penais individuais, como os crimes patrimoniais.

Por regra, a doutrina qualifica o conjunto de aproximações conceituais de Direito Penal Econômico ou como “conceito estrito”, quando restrito a resultados lesivos que refletem na intervenção do Estado na economia, ou como “conceito amplo”, que não se reduz a este campo.

Identificar a essência do Direito Penal Econômico na intervenção estatal na economia – como “*conjunto de normas penales protectoras de la actividad interventora del Estado en la economía comprendiendo las normas penales tributarias, de contrabando y las relativas al control de cambios*”¹⁴ – revela uma pré-compreensão discrepante do direcionamento discursivo político-criminal deste âmbito e da própria lógica de pretensão protetiva que se expressa nas incriminações mais comumente próximas de uma ideia de Direito Penal Econômico.¹⁵ Isto é, o equívoco de um conceito estrito não reside exatamente em sua excessiva estreiteza, que acabaria por deixar de fora um conjunto de tipos penais que detêm mais ou menos consenso como integrantes de um Direito Penal Econômico, e sim por acolher pressupostos de definição incorretos.

A qualidade dogmática de um conceito estrito,¹⁶ no entanto, desaparece em propostas que tendem a um conceito amplo: o emprego de referenciais mais ou menos delimitáveis que proporcionam mais segurança interpretativa.¹⁷ A am-

12 *Ibidem*, p. 155.

13 GRACIA MARTÍN, Luis. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de derecho. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 24, p. 263-390, 2012, p. 379.

14 VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Principios constitucionales y fundamentos del Derecho Penal Económico. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (Org.). **Tratado de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 56.

15 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 123.

16 Apesar de autores, como Gracia Martín, qualificarem o conceito estrito como amplo e vago. GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sertio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 53.

17 Como, por exemplo, o conceito adotado por Rosario de Vicente Martínez: “*El Derecho penal económico se puede definir, por tanto, como el conjunto de normas jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional, lo que comprende la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Principios constitucionales y fundamentos del Derecho Penal Económico. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (Org.). **Tratado de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 59. Sobre a crítica tanto a um conceito estrito quanto a um conceito amplo, ver

plitude do sentido impresso ao predicado “econômico” deriva de uma percepção quase totalizadora do aspecto econômico e que indiferencia perigos ou lesões em que este aspecto aparece de forma mais acentuada e outros em que se verifica, sim, uma face econômica, embora secundária, coadjuvante. Aproximar-se-iam desta denominação teórica as propostas conceituais que não se restringem à pretensão de tutela em contextos de intervenção estatal na ordem econômica e que, ao mesmo tempo, não apresentam critérios fechados para determinar o conteúdo de “ordem econômica” como bem jurídico-penal.

Uma proposta de delimitação conceitual de Direito Penal Econômico deve, logo, considerar os seguintes pontos: i. restrição a bens jurídico-penais supraindividuais e, excepcionalmente, bens jurídicos individuais quando houver um bem jurídico econômico mediato; ii. eleição de balizas interpretativas determináveis, de forma coerente com os objetivos de uma dogmática jurídico-penal; iii. referência a fenômenos lesivos de expressão majoritariamente econômica e não redutíveis a uma perspectiva do Estado; iv. reconhecimento de que, por mais que se busque segurança e previsibilidade, o aspecto econômico ao qual se vincula o conteúdo deste particular segmento do Direito Penal vem a ser, em essência, dinâmico e avesso a recortes fechados ou inflexíveis.

A eleição desses pontos de apoio conceitual auxilia a apontar caminhos de definição para além de uma superficial atribuição de nomenclaturas como “conceito estrito” e “conceito amplo”, que já carregam em si, no ato discursivo, certos juízos. Nomear um conceito como estrito ou amplo pouco diz sobre os parâmetros definidores elencados por determinado autor. Entretanto, preferimos empregos desses termos, com ressalvas expressas, dada a sua tradição nos escritos jurídico-penais sobre os crimes econômicos.

Expostos os pressupostos mínimos, cabe tomar uma posição. O núcleo expressivo dos delitos econômicos encontra-se em um ideal de “justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riquezas entre os cidadãos, substanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado”¹⁸. Essa assertiva oferece indicações materiais que dão tangibilidade à ordem socioeconômica enquanto bem jurídico-penal ao qual faz referência os crimes econô-

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. Derecho Penal Económico y Derecho Administrativo Sancionador. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (Org.). **Tratado de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 119.

18 SOUZA, Luciano Anderson. Conteúdo do Direito Penal Econômico. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico: parte geral e leis penais especiais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 57. Ainda que, neste trabalho, entendemos útil o acolhimento de delitos que detêm uma referência mediata à ordem socioeconômica. Em outro sentido, conforme uma orientação mais funcionalista sistêmica, considerando o papel social em subsistemas e a proteção da vigência da norma, Feijoo Sánchez traz um critério importante que caracteriza boa parte dos delitos econômicos e que pode servir como um parâmetro limitador: a garantia de condições básicas ou de elementos essenciais para a regularidade da economia de mercado ou de determinada atividade econômica. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Montevideo, Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009, p. 208.

micos e diz respeito ao que, em termos mais gerais, expressa Faria Costa quando trata de condutas que perturbam de forma socialmente inaceitável “o jogo claro e límpido em que a economia, enquanto valor instrumental, se traduz”¹⁹.

Para Luciano Anderson de Souza, opera como um elemento normativo necessário no Direito Penal Econômico o “abuso na confiança socialmente depositada na reprodução e circulação da riqueza”.²⁰ Essa posição merece acolhida na medida que, como expressa o autor, a confiança integra a lógica econômica de produção, circulação e distribuição de riquezas e, enquanto elemento normativo, só pode funcionar como limitador da incidência da norma penal, e não como fundamentador.²¹

Essa proposta, junto aos pressupostos elencados anteriormente, denotam pontos de orientação conceitual mais seguros e atentos à lógica própria do Direito Penal do que, por um lado, o acolhimento de um conceito enumerativo,²² que acaba submetido a casuísmos arbitrários, e, por outro, a uma automática tradução do conteúdo do Título VII da Constituição Federal, que trata da Ordem Econômica e Financeira, para o âmbito de extensão do Direito Penal Econômico e que enumera uma série de fenômenos heterogêneos, da propriedade privada à busca pelo pleno emprego.²³

3. O CONTEÚDO E O SENTIDO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

Os desafios dogmáticos que assombram o Direito Penal Ambiental não dizem respeito a sua extensão semântica, como se viu até então em face do Direito Penal Econômico. Em sua essência, os crimes ambientais referem-se ao direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente sadio e/ou equilibrado,²⁴ nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, e se encontram reunidos em uma lei específica: a Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98).

Pode-se levantar duas objeções a essa consideração inicial: a um, de que se estaria por simplesmente socorrer-se no texto constitucional para dotar de sentido o campo do Direito Penal Ambiental e, a dois, de que outros delitos ambien-

19 COSTA, José de Faria. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 28.

20 SOUZA, Luciano Anderson. Conteúdo do Direito Penal Econômico. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico**: parte geral e leis penais especiais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 58.

21 *Ibidem*, p. 58-59.

22 Cf. proposta de Helena Lobo da Costa. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 63-65.

23 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes contra o mercado de capitais**. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico**: parte geral e leis penais especiais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 228.

24 BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012, p. 40-41.

tais vêm dispostos no Código Penal e em outras legislações, como a Lei de Agrotóxicos e a Lei de Biossegurança. Entretanto, ocorre que, primeiro, ao contrário do que ocorre com o Direito Penal Econômico, o Direito Penal Ambiental detém uma complexidade reduzida de fenômenos e vem dirigido por um referencial mais ou menos fechado: o de meio ambiente natural;²⁵ e, segundo, que os crimes ambientais que não constam na Lei de Crimes Ambientais constituem a exceção, e não a regra, e não formam parte de um outro “subsistema”, como é o caso dos crimes contra as relações de consumo e os crimes contra o sistema financeiro.

A definição de bem jurídico-penal nos crimes ambientais não provoca disputas dogmáticas semelhantes a dos crimes econômicos: em regra, identifica-se no meio ambiente, seja de forma autônoma, seja em sua relação necessária com a vida e a saúde das pessoas. A depender da conduta delituosa, é possível indicar mais concretamente a dimensão ontoaxiológica colocada em perigo ou lesada na categoria de meio ambiente por meio do objeto da conduta: a fauna, a flora, a atmosfera, etc. Interessa, no entanto, a relevância da afetação ao meio ambiente para que se reconheça uma lesão ou uma ameaça de lesão penalmente relevante em termos materiais, o que conduz alguns autores a estabelecerem critérios como o do equilíbrio do ecossistema, por exemplo.²⁶

Como bem jurídico-penal supraindividual, o meio ambiente detém uma especificidade que o distingue até mesmo de outros bens supraindividuais: o juízo de valor, qual seja, de relevância material conforme seus reflexos prejudiciais ao desenvolvimento pessoal e coletivo da pessoa humana e em sua própria possibilidade de existência incide sobre um substrato que apresenta materialidade, que habita o mundo real.²⁷ Por exemplo, o perigo e o dano referentes ao delito de poluição (art. 54 da Lei de Crimes Ambientais) expressam-se por meio da fumaça tóxica que se estende pela atmosfera e que atinge as pessoas que dependem de um ar límpido e sadio, enquanto o dano do crime de provocar incêndio em mata ou floresta (art. 41 da mesma Lei) concretiza-se com as chamas que fazem arder as árvores e que aniquilam e escurecem o verde.²⁸

O sentido ontoaxiológico presente nos crimes ambientais identifica-se na perda da qualidade da existência humana, com sensível diminuição em sua saúde

25 O que, por óbvio, não é isento de problemas: por exemplo, o quanto do que se entende por “meio ambiente natural” não é influenciado por ações humanas a ponto de se confundir o natural com o cultural, o artificial (ou, como diz Giddens, de “natureza socializada”, que considera o “caráter alterado da relação entre seres humanos e o ambiente físico”) e, por outro lado, a inclusão, no conceito de meio ambiente, de um meio ambiente urbano e histórico. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 114.

26 Cf. CORA CORIA, Dino Carlos. Técnicas de protección en el derecho penal del ambiente. **Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura**, Lima, v. 11, p. 13-49, 2013.

27 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 57-58.

28 O que Bechara compreende como a expressão do meio ambiente como bem jurídico fisicamente individualizável no âmbito coletivo. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 222.

e em sua vida, em uma dimensão mínima e biológica do existir e do viver-em-um-meio, em face das condições naturais que cercam a pessoa.²⁹ Mesmo em uma perspectiva que acolhe certa valoração antropológica – e não estritamente ecocêntrica, por si avessa a juízos econômicos –³⁰, o conteúdo argumentativo que dá suporte à sua pretensão de proteção penal não se centra em um aspecto econômico – como, talvez, em eras pretéritas, quando se apreendia os recursos naturais somente em seu valor.³¹

Intentamos, neste tópico, promover uma aproximação mediante assertivas limitadoras acerca do conteúdo do Direito Penal Ambiental, despidos da pretensão de propor conceitos fechados, o que extrapolaria os limites deste trabalho. Entretanto, os recortes apresentados já bastam para que se possa cumprir com a pergunta fundamental que nos orientou até então e que, finalmente, pode ser enfrentada.

4. APROXIMAÇÕES CRIMINOLÓGICAS E DISTANCIAMENTOS DOGMÁTICOS

Para que seja possível uma tentativa de resposta à questão central que desafia este artigo, cabe explorar as razões que propiciaram a própria formulação da questão do modo como esta se apresenta. Quais sejam, em quatro razões: uma razão de cunho criminológico; uma razão de cunho didático, uma razão de cunho legiferante e outra de cunho dogmático.

Por hábito, os trabalhos que se aventuram a qualificar o Direito Penal Econômico iniciam pelas investigações criminológicas de Edwin Sutherland quanto aos *white-collar crimes*, que reverberam até os tempos contemporâneos em pesquisas que versam sobre a “criminalidade dos poderosos”, até por um enfoque de seletividade do sistema de justiça criminal.³² Não é diferente o que ocorre com o Direito Penal Ambiental: partindo do movimento da Criminologia Crítica, a Criminologia Verde (*green criminology*) toma por objeto o dano ambiental e o

29 Sobre a materialidade do delito ambiental, em um sentido mais normativo, por exemplo, Silva Dias afirma que “basta, em nosso entender, que uma das formas habituais de fruição humana dos componentes ambientais tenha sido restringida significativamente, ainda que de modo temporário, para que possa falar de dano, na sua modalidade avançada”; no caso da poluição, remetendo-se “à ideia da privação ou restrição das formas regulares de fruição dos elementos naturais”. DIAS, Augusto Silva. <**Delicta in se**> e <**delicta mere prohibita**>: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 810-811.

30 Sobre as diferentes perspectivas que informam a política criminal ambiental a depender do protagonismo de um elemento antropológico ou ecocêntrico, cf. PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental: crimes ambientais** (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 70-71.

31 É o que se vê, por exemplo, na legislação do furto de madeira conforme analisada por Karl Marx. A equiparação do furto de madeira da árvore ao recolhimento de madeira seca, caída, detém uma lógica econômica, e não ecológica ou antropológica. MARX, Karl. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Trad. Nélcio Schneider, Daniel Bensaïd, Mariana Exalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

32 O trabalho de Sutherland, aliás, recebeu inúmeras críticas, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 36-40.

Direito Penal, mormente aqueles provocados por grandes empresas e pelo Estado.³³ Em suma, a perspectiva criminológica costuma se embasar na repercussão normativa e social dos delitos econômicos e/ou em certas características do sujeito ativo.³⁴

O potencial de provocação de danos ambientais em larga escala por empresas e pelo Estado fortalecem a segunda razão: por razões didáticas, o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Ambiental aproximam-se à medida que compartilham certos institutos comuns, como a responsabilidade da pessoa jurídica e o *compliance*, e problemas dogmáticos, como os relacionados a normas penais em branco, à assessoriedade administrativa, à causalidade e à autoria. Isso se dá pela presença e pela atuação de pessoas jurídicas em contextos que reforçam o risco de resultados lesivos e a dependência da verificação da tipicidade de um conjunto de normas administrativas: uma pessoa física dificilmente terá a capacidade de poluição de uma floresta que detém uma empresa e, no contexto das condutas delituosas, o agente, seja pessoa física ou jurídica, terá sua atividade regulada e balizada por normas extrapenais.³⁵ Os desastres de Mariana e de Brumadinho são exemplos paradigmáticos nos dois sentidos.

Configura-se a razão legiferante por uma coabitação entre os crimes econômicos e os crimes ambientais de um movimento expansivo, cujos contornos passaram a ser melhor definidos a partir das décadas de 1980 e 1990, que acabou por ser denominado por “Direito Penal moderno”. Conforme uma série de “causas”, aos quais se costumam explicar por meio de uma teoria da sociedade de risco nos moldes de Ulrich Beck,³⁶ o surgimento de um Direito Penal “moderno” marca um momento histórico de predomínio das preocupações político-criminais por delitos que se afastam do “núcleo” do Direito Penal tradicional, mais voltado a bens jurídicos supraindividuais, como o ambiente, a criminalidade organizada, o econômico, o tributário, etc.³⁷

33 O artigo de Michael J. Lynch, de 1990, costuma ser apontado como o primeiro a apresentar a Criminologia Verde de forma sistemática. LYNCH, Michael J. *The Greening of Criminology: a perspective on the 1990s*. **Critical Criminology**, vol. 2., n. 3, 1990. As contribuições da Criminologia Verde, assim como se deu com o pensamento de Sutherland, acabam por vezes resultando em um potencial criminógeno-legiferante, pois seus trabalhos são utilizados para embasar uma posição favorável à elaboração de mais delitos, como o de ecocídio, e de aumento de penas.

34 TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 57.

35 “[...] os delitos econômicos e ambientais, salvo exceções completamente marginais, costumam se apresentar como *especiais* em razão de que as condutas só podem ser realizadas de modo típico, ou seja, na qualidade de autor, por um círculo de sujeitos qualificados por determinadas condições pessoais especiais [...] Por isso, a partir dessa importante e transcendente perspectiva, deve-se reconhecer que o Direito penal econômico e do meio ambiente, em realidade, tem que ser configurado e compreendido em sua maior parte também como *Direito penal da empresa*”. GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sertio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 61-63.

36 Cf., entre outros trabalhos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

37 HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2008, p. 250-253. RODRÍGUEZ MATE-

As duas razões expostas promovem uma inegável aproximação entre os crimes ambientais e o Direito Penal Econômico. No entanto, nenhuma das razões oferece força argumentativa suficiente para se confirmar, dogmaticamente, a economização dos delitos ambientais, porque ou se articulam por meio de uma racionalidade criminológica voltada ao sujeito ativo (razões um e dois), ou por meio de uma raiz histórico-discursiva de legitimação (razão três).³⁸ Resta-nos daí minuciar o argumento basilar dogmático que ou os aproxima intimamente, ou rompe os dois grupos de delitos e os impossibilita de recair sob uma mesma nomenclatura classificatória nos termos propostos.

A razão dogmática pode ser sintetizada da seguinte forma: não só os delitos ambientais são praticados em regra em contextos econômicos³⁹ como, em si, a sua fundamentação imprescinde de um ideal de sustentabilidade, formada por elementos ecológicos e econômicos, isto é, pelo uso consciente de recursos naturais pelo ser humano,⁴⁰ o que vem reforçado pelo art. 170, VI, da Constituição Federal, que inclui a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica. A racionalidade político-criminal justifica, em partes, a relevância da proteção penal ambiental nos perigos de um desenvolvimentismo econômico inconsequente e ameaçador do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁴¹ Por outro lado, Tiedemann recorre à relação material entre as empresas e o ambiente que as cerca para aproximar os crimes ambientais do Direito Penal Econômico.⁴²

A força da razão dogmática obriga a reconhecer uma dimensão inegavelmente econômica nos delitos ambientais. Daí a relevância de um olhar criminológico aos danos ambientais provocados por empresas, por exemplo, por seu potencial destrutivo. Mesmo que se verifiquem tipos penais com pouca ou nenhuma relevância econômica – como, por exemplo, de maus tratos a cães e gatos

LLANES, Nuria. Derecho Penal Económico y Derecho Administrativo Sancionador. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (Org.). **Tratado de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 109-112.

38 Cf. nesse sentido a proposta conceitual de Gracia Martín, para quem o Direito Penal Econômico reúne “em seu âmbito todo fato delitivo realizado no contexto e na prática de uma atividade econômica (fator criminológico)”. GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sertio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 55.

39 COSTA, José de Faria. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 37; COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livres Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 65-66.

40 ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Tutela penal do meio ambiente econômico. CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Orgs.). **Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 489. p. 470-472. O autor, aliás, trata de um Direito Penal do Meio Ambiente Econômico: “A consideração das atividades econômicas no contexto da regulamentação jurídica ambiental é capaz de trazer importantes repercussões práticas, em especial no que diz respeito à imputação objetiva da violação à norma incriminadora subjacente ao tipo que define o crime econômico. Para reconhecer a ocorrência da ofensa à ordem econômica é necessário considerar princípios inerentes ao discurso jurídico protetivo do ambiente econômico”. *Ibidem*, p. 471.

41 RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico**: uma política criminal na era do Compliance. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 32.

42 TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 45.

(art. 32, § 1º-A, da Lei de Crimes Ambientais) – em sua maioria é possível encontrar, explícita ou implicitamente, uma racionalidade econômica – por exemplo, no delito do art. 46, da mesma Lei, que exige que a conduta seja praticada “para fins comerciais ou industriais”⁴³.

Frente ao conceito adotado de Direito Penal Econômico, por essa perspectiva, não haveria qualquer contradição. Isso porque a ordem econômica acabaria colocada em perigo ou lesionada por delitos ambientais em contextos de atividade econômica envolvendo circulação de riquezas – seja por meio de indústrias, seja por meio de incêndio florestal para fins agropecuários. À primeira vista, por mera subsunção conceitual e seguindo a razão dogmática exposta, não se verificam problemas.

Essa dimensão econômica, no entanto, não pode ofuscar o sentido nuclear ontoaxiológico dos crimes ambientais: o da imprescindibilidade de um meio ambiente natural habitável à vida e à saúde das pessoas. Fazê-lo seria tomar a parte pelo todo ao custo de descaracterizar a essência deste campo, até *a contrario sensu* do conteúdo próprio do art. 225, *caput*, da Constituição Federal. Sob uma perspectiva marcadamente econômica, impossibilitar-se-ia, primeiro, uma dimensão ecológica do Direito Penal Ambiental, uma antítese insolvível; segundo, tornaria coadjuvante a relação de necessidade entre o meio ambiente natural e a existência biológica mínima do ser humano; e, finalmente, caracterizaria uma compreensão totalizadora, de economização completa da vida.⁴⁴

Em outros termos, como assevera Regis Prado,

Com efeito, a ciência do Direito Penal contemporânea tem optado por um conceito de ambiente *intermédio e descritivo* (simplesmente amplo, nem amplíssimo, nem restrito) e se inclina por sua compreensão *ontológica, física ou natural* – conjunto das bases naturais da vida humana –, assinalando a inoperância que suporia adicionar outros tipos de fatores – econômico, socioeconômico, político, social e cultural. Isso diante da extrema *indeterminação* das concepções totalizadoras ou amplísimas e do reduzido âmbito das teses restritas. A primeira dificulta sobremaneira a *individualização* da matéria proibida ou ordenada (e permitida), e a segunda impede uma tutela *efetiva* em consonância com o conteúdo e a relevância do bem jurídico e o mandamento constitucional.⁴⁵

A razão dogmática não deixa de acertar quanto às suas afirmações: os delitos ambientais em geral se praticam no contexto de atividades econômicas.

43 O verbo “comerciar” aparece como verbo nuclear de três tipos da Lei de Crimes Ambientais, relacionados à pesca (art. 34, p. ú., inc. III), à comercialização de motosserra (art. 51) e à poluição (art. 56).

44 Que se vê, por exemplo, em Berrueto, para quem, apesar de adotar um conceito restrito de Direito Penal, acolhe os crimes ambientais em atenção à influência direta ou indireta na produção econômica e na saúde dos habitantes, o que diminui a sua capacidade de trabalho. Como se vê, essa percepção estende os efeitos lesivos dos crimes ambientais. Por analogia, até mesmo os delitos de homicídio e de lesão corporal teriam um caráter econômico por atingirem a força de trabalho da população. BERRUEZO, Rafael. *Derecho penal económico*. BERRUEZO, Rafael et al. **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires, Montevideo: Editorial BdeF, 2010, p. 6.

45 PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental: crimes ambientais** (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68.

Quando se pontua, por outro lado, o caráter de vertente mais antropocêntrica ou eco-antropocêntrica, em vez de econômica, do bem jurídico-penal, afasta-se tão somente a “coloração” econômica do desvalor do resultado, não se esvaindo também o sentido econômico do desvalor da ação em boa parte dos delitos ambientais. Gracia Martin reconhece essa interseccionalidade entre o ambiental e o econômico, integrando o Direito Penal Ambiental como parte do Direito Penal Econômico ao mesmo tempo que, devido à “transcendência e importância do meio ambiente” conforme o seu bem jurídico, o individualiza como “Direito Penal do meio ambiente”, em uma postura ambígua.⁴⁶

Merece menção a crítica de Luciano Anderson de Souza contra uma proposta de sentido amplo por meio de um “Direito Penal da Empresa”, como proposto por autores como Juan M. Terradillos Basoco, o que permitiria abarcar hipóteses delituosas diversas, incluindo crimes ambientais e falimentares, “a despeito de efetivamente *não possuírem uma identidade de interesse tutelado*, podem ser perpetrados *fora de uma específica realidade empresarial*”⁴⁷ (*grifos nossos*). Esta assertiva volta-se a combater um conceito amplo que, ao abrigar um conjunto díspar de delitos, perde um critério capaz de unificá-los sob um sentido comum, e nos serve, igualmente, para assentar o ponto principal: a natureza do bem jurídico-penal capaz de identificar, de trazer para si um grupo de delitos que orbitam em torno de um referencial material.

Esse objetivo só é possível considerando os dois dados – a habitabilidade do meio ambiente e a sua relação com a pessoa humana – como determinantes materiais e semânticos a fim de apreender o sentido do Direito Penal Ambiental, até para fins teleológicos e político-criminais. Isso não quer dizer, porém, ignorar a sua dimensão econômica, e sim reconfigurá-la por vezes como necessária, ainda que não central ou definidora, o que também dificulta considerar a ordem econômica como um bem mediato.⁴⁸ Por essa definição, logo, há que se afastar o Direito Penal Ambiental das vestes do Direito Penal Econômico, sem deixar de considerá-los unidos criminologicamente, como expressões de fenômenos semelhantes.

46 GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 60-61.

47 SOUZA, Luciano Anderson de. Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 40.

48 Ainda que, em certos tipos penais, em que há referência explícita à atividade econômica no tipo penal, haveria daí de se considerar a ordem econômica na análise da tipicidade material como bem jurídico mediato e até imediato, o que não constitui uma regra para todos os delitos ambientais. Em sentido próximo, “o Direito Penal ambiental não compõe o Direito Penal econômico, dado que o *objeto de proteção desses delitos seria, quando muito, indiretamente afetado pelos crimes contra o meio ambiente*, não sendo possível falar que o bem jurídico por eles diretamente tutelado seja a estrutura econômica da sociedade” (*grifo nosso*). NAVES, José Paulo Micheletto. Crimes ambientais. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico**: parte geral e leis penais especiais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 441.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um nível inicial, a sistematização normativa da qual resultam classificações como “Direito Penal Econômico” e “Direito Penal Ambiental” não parecem úteis a uma dogmática que se preocupa precipuamente com a definição segura dos limites da zona do justo e do injusto.⁴⁹ Seu caráter terminológico sugere que se trata de mero jogo de palavras, em seu sentido mais pejorativo, com pouco ou nenhum impacto prático.

Como visto, todavia, a eleição de balizas interpretativas capazes de delimitar o conteúdo e a extensão do Direito Penal Econômico como uma parte relativamente autônoma do Direito Penal contribui para agrupar problemas comuns e reuni-los sob entendimentos harmoniosos e até para orientar programas político-criminais sobre a matéria. De outra forma, acabar-se-ia por ter um casuísmo que, sem poder cumprir qualquer função dogmática, moldaria os casos de acordo com as suas particularidades, avesso a uma desejável uniformização de critérios.

Por esta razão se questiona sobre a validade de incluir os crimes ambientais no Direito Penal Econômico, compreendido como a parte do Direito Penal que cuida da regularidade da produção, circulação e distribuição de riquezas qualificado por um abuso de confiança e que tem como referência o bem jurídico ordem econômica. Os autores que o fazem argumentam que os crimes ambientais comumente ocorrem permeados por alguma atividade econômica e que partem de um conceito dotado de um sentido econômico, o de sustentabilidade.

Sem negar um caráter econômico nos crimes ambientais, concluiu-se que o Direito Penal Ambiental detém autonomia perante o Direito Penal Econômico, não se submetendo a ele, porque seu núcleo de sentido próprio tem a ver com o meio ambiente natural, com dois dados preponderantes e que não podem ser economizados: o seu valor enquanto meio ambiente habitável e enquanto condição necessária à vida e à saúde da pessoa humana. A resposta que se alcançou frente à questão trazida logo no título deste artigo, portanto, é: o Direito Penal Econômico não compreende os crimes ambientais, embora com eles tenha uma relação próxima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012.

49 O que se revela falso, até porque, como diz Anabela Miranda Rodrigues, “[o] legislador, no âmbito económico, tem, por vezes, dificuldade em tipificar o ilícito de um modo preciso”, de forma que as contribuições dogmáticas no marco do Direito Penal Econômico auxiliam a estabelecer critérios que dão um caráter mais seguro à tipificação. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico**: uma política criminal na era do Compliance. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 28.

- BERRUEZO, Rafael et al. **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires, Montevideo: Editorial BdeF, 2010.
- CORA CORIA, Dino Carlos. Técnicas de protección en el derecho penal del ambiente. **Justicia & Democracia. Revista de la Academia de la Magistratura**, Lima, v. 11, p. 13-49, 2013.
- COSTA, José de Faria. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. 2013. Tese (Livro Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Económico**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- DIAS, Augusto Silva. <Delicta in se> e <delicta mere prohibita>: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Montevideo, Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 82, v. 2, 1970.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de derecho. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 24, p. 263-390, 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sertio Antonio Fabris Editor, 2005.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Org. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2008.
- HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 58, jan.-fev. 2006.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa: parte general**. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- MARX, Karl. **Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira**. Trad. Nélio Schneider, Daniel Bensaïd, Mariana Exalar. São Paulo: Boitempo, 2017.
- NAVES, José Paulo Micheletto. Crimes ambientais. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Económico: parte geral e leis penais especiais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico: uma política criminal na era do Compliance**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- RODRÍGUEZ MATELLANES, Nuria. Derecho Penal Económico y Derecho Administrativo Sancionador. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (Org.). **Tratado de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Tutela penal do meio ambiente econômico. CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Orgs.). **Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 41, n. 2, p. 529-558, mai.-ago. 1988.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **En busca del Derecho penal**: Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 99, nov.-dez., 2012.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes contra o mercado de capitais**. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico**: parte geral e leis penais especiais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- SOUZA, Luciano Anderson de. Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- SOUZA, Luciano Anderson. Conteúdo do Direito Penal Econômico. SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). **Direito Penal Econômico**: parte geral e leis penais especiais. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Principios constitucionales y fundamentos del Derecho Penal Económico. CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio (Org.). **Tratado de Derecho Penal Económico**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- ZACZYK, Rainer. **Libertad, derecho y fundamentación de la pena**. Eduardo Montealegre Lynett et al (Compiladores). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume, Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.



Esta publicação foi elaborada a partir dos trabalhos apresentados no I Seminário Internacional – o Fim do Direito: as penas privativas de liberdade de curta duração, promovido pelos programas de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Centro Universitário FIEO e Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, como parte de projeto financiado pelo Mackpesquisa.

As discussões tiveram por finalidade subsidiar as pesquisas realizadas no âmbito do projeto financiado pelo Mackpesquisa, sob o título “Penas privativas de liberdade de curta duração: diálogos sobre legitimidade e efetividade segundo as ciências penais”.

Os resultados, apresentados neste livro, demonstram o elevado debate realizado a respeito do tema em cada grupo de trabalho e a importância de que o assunto seja colocado em pauta no âmbito acadêmico.

Esperamos que a leitura seja proveitosa e renda bons frutos aos/às pesquisadores/as do tema!



+ ACESSO À **VERSÃO DIGITAL GRÁTIS** NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA