

USO EXCLUSIVO DO DOCUMENTO

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 176 • fevereiro/2021

MIN

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 176 • fevereiro/2021

Presidência

Eleonora Rangel Nacif

Coordenação

Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto e Laura Gigante Albuquerque.

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio García-Pablos de Molina (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)
David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Emilio García Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)
Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – EADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)

Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)
João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidad da República do Uruguai – Uruguai)
Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexey Choi Caruncho (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona – Espanha)
Anamaria Prates Barroso (Universidade Federal de Pernambuco – UFP – Recife/PE)
André Pedrolli Serretti (Universidade de Granada – Espanha)
Betina Warmling Barros (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Brunna Laporte Cazabonnet (URCAMP – Alegrete – São Gabriel/RS)
Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas – Pelotas/RS)
Bruno Shimizu (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Caíque Ribeiro Galícia (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Carlo Velho Masi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Chiavelli Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ)
Elisa Leonesi Maluf (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Frederico Valdez Pereira (Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE – Porto Alegre/RS)
Gustavo de Oliveria Quandt (Defensoria Pública da União – DPU – Florianópolis/SC)
Homero Chiaraba Gouveia (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
Leonardo Marcondes Machado (Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville/SC)
Luciana Marin Ribas (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Luiz Fernando Kazmierczak (UENP – Curitiba/Paraná)
Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Marcos Eugênio Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE)
Pedro Paulo Gastalho de Bicalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Roberto Augusto de Carvalho Campos (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Rodrigo Régner Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR)
Thadeu Augimeri de Goes Lima (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Theodoro Balducci de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Tomás Grings Machado (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)
Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ademar Borges (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
Alessandra R. Mascarenhas Prado (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
André Ribeiro Giamberardino (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Brunna Laporte Cazabonnet (URCAMP – Alegrete – São Gabriel/RS)
Bruno Hermes Leal (Tribunal Regional Federal – TRF – 1ª Região – Boa Vista/RR)
Clécio Lemos (Columbia University – EUA)
Elenice Ribeiro Nunes dos Santos (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Fernando Braga Damasceno (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Recife/PE)
Ney de Barros Bello Filho (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Rafael Folador Strano (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Rodrigo Ríos Álvarez (Universidad Finis Terrae – Chile)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP – Brasília/DF)

BASES DE DADOS INDEXADAS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 176 • fevereiro/2021

Coordenação (editor-chefe)

LEANDRO AYRES FRANÇA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 176 • fevereiro/2021

Presidência

ELEONORA RANGEL NACIF

Coordenação (editor-chefe)

LEANDRO AYRES FRANÇA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diagramação eletrônica: Thomson Reuters Brasil

Impressão e encadernação: Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [02-2021]

Profissional

Fechamento desta edição: [15.12.2020]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

PRESIDENTA

Eleonora Rangel Nacif

1º VICE-PRESIDENTE

Bruno Shimizu

2º VICE-PRESIDENTE

Helios Alejandro Nogués Moyano

1º SECRETÁRIA

Andrea D'Angelo

2º SECRETÁRIO

Luís Carlos Valois

1º TESOUREIRO

Gabriel Queiroz

2º TESOUREIRO

Yuri Felix

DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS

Carla Silene Gomes

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA

Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

MEMBROS

Cristiano Maronna

Sérgio Salomão Shecaira

Ela Wiecko

Geraldo Prado

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Thayná Yaredy

AMICUS CURIAE

Maurício Stegmann Dieter

ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO

BÁSICO CONTROLADO

Roberto Portugal de Biazzi

BIBLIOTECA

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

BOLETIM

Luigi Barbieri Ferrarini

COMUNICAÇÃO

Roberto Tardelli

CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVI- MENTO ACADÊMICO

Juliana Souza Pereira

CONVÊNIOS

Gustavo Brito

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Ilana Müller

CURSOS

Clara Masiero

CURSOS IBCCRIM - COIMBRA

Claudia Barrilari

DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE

Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Carolina Costa Ferreira

ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies Santiago Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

André Lozano

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Dina Alves

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Renato Watanabe

MONOGRAFIAS

Eduardo Saad Diniz

NÚCLEO DE PESQUISAS

Riccardo Cappi

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Luciana Boiteux

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Silvio Luiz de Almeida

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Leandro Ayres França

SISTEMA PRISIONAL

Patrick Lemos Cacicedo

23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS E CHAMADA TEMÁTICA– IBCCRIM

Eduardo Saad Diniz

26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS

E DIREITOS HUMANOS

Manoel Alves Jr

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS

Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO

DE ATUAÇÃO POLÍTICA SUPERVISÃO

Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE

Marília Jahnel

Jonas Santos

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Eliane Yanikian

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

Núcleos de Publicações e Biblioteca

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Helen Christo

Natalí de Lima Santos

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

Núcleo de Comunicação

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

Núcleo de Educação

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 176 • fevereiro/2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourì

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

ERRATA

Na edição 174 da Revista Brasileira de Ciências Criminais, publicada no mês de dezembro de 2020, considerar:

Na página 13, onde se lê:

Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Leia-se:

Limites do whistleblowing – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Na página 41, onde se lê:

Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Leia-se:

Limites do whistleblowing – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Nas legendas das páginas 41 a 69, onde se lê:

Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

Leia-se:

Limites do whistleblowing – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

Associação de tipo mafioso: propostas de espelhamento típico na Itália e no Brasil

"Mafia": comparative perspectives between Italian and Brazilian Criminal Law

NEY DE BARROS BELLO FILHO e BRUNO HERMES LEAL 21

Ley penal en blanco y la (in)constitucionalidad del nuevo delito del artículo 318 bis del Código Penal chileno

Blank Criminal Law and the (in)constitutionality of the new crime of article 318 bis of the Chilean Criminal Code

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ 51

PROCESSO PENAL

O relatório de inteligência financeira como meio de obtenção de prova no processo penal

The financial intelligence report as a means of obtaining evidence in criminal proceedings

ADEMAR BORGES 69

Em busca da Tutela Cautelar Penal: o procedimento como mecanismo alargador do campo cognitivo judicial na formação da decisão cautelar

Criminal Provisional Remedy: the procedure as an extension mechanism of the judicial cognitive field in the construction of provisional decision

BRUNNA LAPORTE CAZABONNET 107

A (in)viabilidade de uma limitação qualitativa para a cognição realizada na investigação criminal

The (un)viability of a qualitative limitation for the criminal investigation

FERNANDO BRAGA DAMASCENO..... 127

CRIME E SOCIEDADE

Saúde da população prisional e política de encarceramento em contexto de pandemia: entre a vida e a morte

Health of the prison inmates and incarceration policy in pandemic context: between life and death

ALESSANDRA R. MASCARENHAS PRADO e ELENICE RIBEIRO NUNES DOS SANTOS... 153

Fundamentos para uma teoria das práticas penais

Foundations for a theory of penal practices

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO..... 181

Foucault e o economismo penalógico

Foucault and the penalogical economism

CLÉCIO LEMOS..... 211

Desigualdade e encarceramento no Brasil no início do século XXI

Inequality and incarceration in Brazil at the beginning of the 21st century

RAFAEL FOLADOR STRANO 233

RESENHA

"The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings": direito de defesa técnica e relações cliente-advogado no processo penal contemporâneo

"The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings": right to counsel and attorney-client relations in contemporary criminal procedure

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS..... 257

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES.....	275
TEMAS.....	277
NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	281
DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	293
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>).....	299
EDITAL 1 – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2021	301

ASSOCIAÇÃO DE TIPO MAFIOSO: PROPOSTAS DE ESPELHAMENTO TÍPICO NA ITÁLIA E NO BRASIL

"MAFIA": COMPARATIVE PERSPECTIVES BETWEEN ITALIAN AND BRAZILIAN CRIMINAL LAW

NEY DE BARROS BELLO FILHO

Pós-Doutor (PUCRS/2010), Doutor (UFSC/2006) e Mestre em Direito (UFPE/2000). Professor da Universidade de Brasília (UnB). Desembargador Federal em Brasília/DF (TRF/1ª Região).

Curriculum Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9181447007798771>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-4578-3331>].

ney.bello@trf1.jus.br

BRUNO HERMES LEAL

Mestre em Direito (UFRGS/2013). Juiz Federal em Boa Vista/RR (TRF/1ª Região). Juiz Eleitoral (TRE/RR).

Curriculum Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3662786676556533>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2484-0958>].

bruno.leal@trf1.jus.br

Recebido em: 22.07.2020

Aprovado em: 10.11.2020

Última versão dos autores: 18.11.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

“Sia nel ‘palazzo’ che nella società comincia a farsi strada la consapevolezza che la mafia non è un fenomeno criminale emergenziale, ma una piaga profondamente radicata con cui occorrerà confrontarsi ancora per un lungo periodo.”¹

1. FALCONE, Giovanni, 2010a, p. 352.

RESUMO: O presente ensaio se dedica à anamnese de alguns dos aspectos eminentemente penais da abordagem comparativa do contraste às organizações criminosas no Brasil e na Itália. Com esse desiderato em linha de perspectiva, o primeiro capítulo se endereça ao esboço, com propósitos introdutórios e obedientes às limitações temáticas deste espaço, dos principais cenários históricos e sociais onde se enfrentaram a máfia e a República italiana e dos quais derivou a tipificação penal da associação de tipo mafioso. Já no segundo capítulo, congregam-se as premissas históricas amalhadas a fim de espelhar o delito previsto no art. 416-*bis* do Código Penal italiano com o art. 2º da Lei brasileira 12.850/2013, captando-lhes alguns dos aspectos simétricos e alguns outros que, na linguagem da óptica, guardem simetrias invertidas ou enantiomorfas, de ambos sendo possível arrancar conclusões dogmaticamente proveitosas.

PALAVRAS-CHAVE: Máfia – Direito Comparado – Organização criminal.

ABSTRACT: This essay is dedicated to the anamnesis of some of the eminently penal aspects of the comparative approach to contrast criminal organizations in Brazil and Italy. With this in mind, the first chapter addresses to the outlining, with introductory purposes and obedient to the thematic limitations of this article, of the main historical and social scenarios where mafia and the Italian Republic faced each other and from which emerged the criminalization of these kind of groups. In the second chapter, the historical footprints are gathered in order to compare the crime provided in art. 416-*bis* of the Italian Penal Code with art. 2 of Brazilian Law 12,850/2013, capturing some of the (as)symmetrical aspects from which it is possible to draw relevant conclusions.

KEYWORDS: Mafia – Comparative Law – Criminal organization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Cenários de máfia. 3. Espelhamentos típicos. 3.1. Simetrias. 3.2. Enantiomorfismos. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno sociológico mafioso já foi tratado de forma romântica pela literatura e pelo cinema. Porém, a verdadeira máfia, que fez verter lágrimas em Capaci e que deram sangue em Ballarò, está um tanto distante do estereótipo de família mafiosa construída pela arte. As páginas de Mario Gianluigi Puzo descrevendo a guerra da máfia migrada para a América ou a personagem de Sofia Coppola alvejada e morta nas escadarias do Teatro Massimo em Palermo são artisticamente esmeradas, porém arriscam não descrever a realidade do fenômeno que, oriundo do sul italiano, hoje expande sua influência com projeções internacionais.

A análise historiográfica dos fatos, ao contrário, revela uma curiosa assimetria epistemológica: ao mesmo tempo que o romantismo ficcional atribuído à máfia contrastava com a mais gananciosa e documentada gestão do tráfico de drogas nos Estados Unidos, as

interceptações telefônicas da época em que divulgado *Il padrino* revelaram, em razão do sucesso alcançado pelo filme, sensível melhora na autoimagem cultivada pelos mafiosos. Talvez isso justifique as duras palavras de Federico Varese, experimentado pesquisador do assunto, no sentido de que “o romance de Mario Puzo é uma obra de fantasia” (VARESE, 2017, p. 145 – tradução livre).

É certo que, segundo a mais qualificada doutrina, a criminalidade mafiosa se estabeleceu como Estado paralelo muito antes do advento da República Italiana --- as expressões variam entre “Estado paralelo” (DICKIE, 2004, p. 22), revestido de “conotação totalitária” (SCIARRONE, 2009, p. 29), dotado de estrutura verticística e hierárquica de suas engrenagens operativas (FALCONE, 2010b, p. 316) –, de modo que a magnitude desse fenômeno exigiu respostas estatais dotadas de um mínimo de proporcionalidade.

As associações criminosas de tipo mafioso, distintas em sua estrutura e gênese histórica – entre as mais conhecidas, *Cosa Nostra*, *Camorra*, *Sacra Corona Unita* e *Ndrangheta* (LA SPINA, 2016, p. 81/114) –, foram responsáveis por diversos delitos que terrorizaram a Itália, sendo exatamente esta violência que gerou progressivo e amplo apoio popular ao regime jurídico-penal antimáfia. Sobretudo a partir da década de 1970, os episódios de violência mafiosa parecem ter rompido a harmonia ambígua que equilibrava o exercício da violência paralela ao Estado e a coadjuvação em manter a ordem social, esboroando o dique da aceitação social que se estruturava ao redor das qualidades do “homem de honra” (FALCONE, 2018, p. 41).

Uma das respostas estatais mais relevantes ao sistema mafioso consiste na tutela legal específica e na criação de um *sistema jurídico antimáfia*. Além da República Italiana, diversos outros estados soberanos, especialmente desde a celebração da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – por força do qual os Estados-Parte se comprometeram, entre outras medidas, a criminalizar a participação em “grupo criminoso organizado” –, têm mobilizado iniciativas legislativas tendentes a contrastar esta questão de proporções verdadeiramente globais.

Áustria (§ 278a *öStGB*), Alemanha (§ 129 *StGB*), França (*Loi Perben II*), Espanha (*LO 7/2003*), Estados Unidos (*Patriot Act* e *Homeland Security Act*), Inglaterra (*Serious Organised Crime and Police Act/2005*) e Portugal (art. 299 *CP*) são apenas alguns dos exemplos de comunidades jurídicas ocidentais que desenvolveram, cada uma a seu modo, estatutos penais e processuais dedicados ao combate da criminalidade organizada. A uma análise conglobada desses diplomas, têm se dedicado valiosos estudos comparativos (v.g., ALBUQUERQUE, 2017, p. 280 *et seq.*; BONINI, 2010, p. 91 *et seq.*; CHIESA, 2017, p. 07 *et seq.*; MENDRONI, 2016, p. 395 *et seq.*) e não seria o caso de retomá-los aqui.

Mais condizente com os limites deste artigo, ao revés, se apresenta uma comparação pontual com o Direito brasileiro. Essa opção metodológica se justifica não apenas pelas inúmeras convergências históricas – basta lembrar, ao propósito, as diversas passagens pelo território nacional de Tommaso Buscetta, o *pentito* por metonímia, até ser preso e ter sua extradição autorizada pelo Supremo Tribunal Federal (Ext 415/República Italiana, Pleno, rel. Min. Oscar Corrêa, julgado em 27.06.1984, DJ 31.08.1984) –, mas também

em virtude de recentes episódios veiculados pela imprensa de ambos os países, segundo os quais haveria uma conexão transatlântica entre o “Primeiro Comando da Capital” (PCC) e a ‘Ndrangheta, tendo em vista a expansão internacional do tráfico de drogas², chamando atenção, inclusive, que membros da máfia calabresa tenham sido presos, em 2019, no território brasileiro³.

Não por outra razão, importantes estudiosos italianos têm se dedicado ao “caso brasileiro”, valendo referir, a título exemplificativo, o professor Roberto Nicolini (2017, p. 294), da *Università degli Studi di Milano*, o qual dedicou um artigo recente à criminalidade organizada no Rio de Janeiro e destacou a urgência de que se reveste a “analisi delle proiezioni internazionali delle organizzazioni brasiliane alla luce del nuovo ruolo del Brasile nello scenario del narcotraffico sudamericano”.

Releva considerar, nesse sentido, o multifacetado espectro de análise admitido por essa complexa fenomenologia delituosa, cuja síntese aproximada, sem pretensão exaustiva, poderia se sintetizar em aspectos criminológicos, aspectos processuais e aspectos penais.

As dificuldades inerentes à comparação criminológica, de certo não intransponíveis, parecem repousar exatamente na particularidade brasileira, em que a gênese e a evolução das principais organizações criminosas não parecem encontrar paralelo histórico com a máfia italiana, sobretudo no que tange às origens carcerárias dos primeiros vínculos documentados, nas décadas de 1970 e 1980, entre os integrantes daquelas facções que se transformariam no “Comando Vermelho” e no “Primeiro Comando da Capital” (AMORIM, 2005, p. 58; SOUZA, 2006, p. 93; ALMEIDA, 2017, p. 73 *et seq.*; NETO, 2012, p. 54 *et seq.*).

O terreno comparativo dos aspectos processuais de confronto à máfia, por outro lado, exhibe uma fertilidade exuberante. São possíveis analogias: entre o regime carcerário de emergência previsto no art. 41-bis do *Ordinamento Penitenziario* italiano (*carcere duro*) com as gravíssimas limitações impostas, no Brasil, no âmbito do sistema penitenciário federal (art. 3º da Lei 11.671/2008); entre a permissividade legal no que concerne ao confisco de bens dos indiciados pelo crime de associação mafiosa, de acordo com o art. 20 do *Codice Antimafia* (D. Lgs. 159, 06.09.2011), e o recentíssimo art. 91-A, § 5º, do Código Penal brasileiro; entre as disposições premiais colocadas à disposição daqueles agentes que ajudarem a autoridade policial e judiciária, de acordo com um dos parágrafos do art. 416-bis do Código Penal italiano, com a colaboração premiada prevista no art. 3º-A e seguintes da Lei 12.850/2013.

Diante dessa riqueza temática, entretanto, convém adotar a prudência recomendada pela boa metodologia: negligenciar deliberadamente, em ciência, é uma virtude

2. Disponível em: [www.repubblica.it/cronaca/2020/06/18/news/ndrangheta_traffico_di_droga_da_brasile_e_albania_altri_18_arresti-259533959]. Acesso em: 09/07/2020.
3. Disponível em: [<https://istoe.com.br/lider-do-pcc-que-negociava-drogas-com-mafia-italiana-e-presos>]. Acesso em: 07/07/2020.

intelectual (GUITTON, 1951, p. 38). Essa a razão pela qual, tomando por certo que a dedicação a essa variedade de temas justificaria ensaios autônomos, colocá-la-emos entre parênteses, por ora, com o objetivo de focar, nesta sede, os aspectos eminentemente penais da abordagem comparativa entre Brasil e Itália, a partir da estrutura típica do delito de associação de tipo mafioso.

Com esse desiderato em linha de perspectiva, o primeiro capítulo deste artigo se endereça ao esboço, com propósitos introdutórios e obedientes às limitações temáticas deste espaço, dos principais cenários históricos e sociais onde se enfrentaram, com avanços e recuos, a máfia e a República italiana e dos quais derivou, em última análise, a tipificação penal da associação de tipo mafioso. Já no segundo capítulo, congregam-se as premissas históricas amealhadas a fim de espelhar, criticamente, o delito previsto no art. 416-*bis* do Código Penal italiano com o art. 2º da Lei brasileira 12.850/2013, captando-lhes alguns de seus aspectos simétricos e alguns outros que, na linguagem da óptica, guardem simetrias invertidas ou enantiomorfas, de ambos, sendo possível, arrancar conclusões dogmaticamente proveitosas.

2. CENÁRIOS DE MÁFIA

Ao dissertar a respeito da ascendência mitológica da divindade *Hermes* sobre a interpretação – ambígua evocação de um deus grego que rege os mercadores e os ladrões (*tradduttore, traditore*) –, François Ost (2012, p. 89) insiste sobre o fato de que a hermenêutica jamais se reduz a uma transposição pura de significados e significantes. Ao contrário, ela pressupõe necessariamente desconstruções e reconstruções exegéticas, de forma que uma das vias mais seguras para o bom êxito da empreitada consiste em interpretar à raiz, isto é, com radicalidade histórica e argumentativa.

Essa perspectiva se torna ainda mais imperativa quando a gênese da legislação antimáfia se apresenta encharcada de sangue italiano e pertence a uma contextura histórica que remete aos eventos trágicos ocorridos na década de 1980 – período conhecido como “2ª guerra de máfia”, quando se emolduraram novos e dolorosos ícones ao panteão funesto das autoridades públicas executadas, como o General Carlo Alberto dalla Chiesa e o secretário do Partido Comunista Italiano na Sicília, Pio La Torre (LUPO, 2018, p. 284/331 *passim*).

Com efeito, a saturação emocional circundante a esses fatos impactou diretamente a incriminação da associação de tipo mafioso e enxertou no raciocínio jurídico perigosas infiltrações vindicativas. Como já se disse noutras paragens, se, de um lado, a sideração provocada pelo mal não cessa de reclamar julgamento; de outro, a luta contra o mal, institucionalizada juridicamente, pressupõe a rearticulação do Direito e da Memória, da pena e do apenado, do agente e sua História (GARAPON; SALAS, 1997, p. 74).

Daí ser recomendável que nos dediquemos, nesta primeira parte do artigo, a mimetizar a abordagem científica adotada pelos juristas italianos, experimentados na

observação de fenômeno tão complexo: antes de descer às minúcias típicas da legislação criminal antimáfia, convém esboçar, com propósitos introdutórios e obedientes às limitações temáticas deste espaço, os principais cenários históricos e sociais onde se enfrentaram, com avanços e recuos, a máfia e a República italiana.

De pronto, convém ressaltar que a emergencialidade do fenômeno criminal de perfil associativo não é recente na história da península: ainda no século XIII, os juristas italianos viram-se premidos em coordenar com o Direito Comum as iniciativas do Imperador Frederico II em combate ao banditismo, sobretudo por meio de um procedimento extraordinário (*forjudicatio*) pelo qual determinados indivíduos eram verdadeiramente “reificados” e tinham suas vidas postas a prêmio (CAVALCA, 1978, p. 93; ROVITO, 1999, p. 18).

A origem etimológica do substantivo “máfia”, de sua vez, possui muitas versões: algumas das mais autorizadas indicam a derivação das palavras árabes *mafia* – a significar “aquilo que não existe” – ou “*mu’afiya*”, conotativo de execução, imunidade, proteção, tutela, incolumidade e salvação (TURONE, 2008, p. 39). Outra versão, também, remete à execução de Santa Rosalía, morta por um soldado normando, oportunidade em que sua mãe, sofrendo com a morte da filha, a descer uma encosta do monte Pellegrino, brada: *ma fi, ma fia, hannu ammazzatu ma fia*. A partir daí, o termo seria usado para caracterizar toda reação da Ilha às constantes invasões.

O primeiro aspecto a ser destacado é que a maior característica da associação de tipo mafioso é uma atitude coletiva de contraposição e substituição do Estado, de forma que, premido pela dificuldade quotidiana, o mafioso não se ocupa de acionar o Poder Judiciário ou a Administração Pública – ao contrário, ele *dispõe* do poder e a sua associação representa uma espécie de substituição do próprio Estado (TURONE, 2008, p. 35).

O mafioso não se submete às leis da sociedade e não possui essa obrigação pela só razão de não reconhecer nenhum código de conduta que não a *omertà*, expressão italiana de origem igualmente duvidosa e ambígua, ora denotando a *humildade* que a organização criminosa reclama de seus membros ao lhes exigir cega obediência (LUPO, 2010, p. 56), ora referenciando a *masculinidade*, de acordo com aquela mistificação filológica que a máfia outorga a si mesma (PEZZINO, 1995, p. 24).

Ao concorrer com a autoridade pública, a máfia alimenta a pretensão substitutiva do Estado como símbolo desse poder e dessa autoridade, estabelecendo o seu controle à guisa de Estado. Daí se poder afirmar, com Alessandro Baratta (1999, p. 105), que o fenômeno mafioso possui “essência relacional”, estruturada em um conjunto de relações em que se conjuga o binômio Estado-máfia.

A sequenciada vida sob este prisma, por força do qual a máfia ocupa o papel do Estado, levou alguns pesquisadores a qualificar a máfia não como uma associação propriamente dita, mas como um modo de viver, uma maneira de existir em sociedade. Basta notar, a esse propósito, que os primeiros esboços interpretativos do fenômeno se esgrimiam em termos eminentemente psicológicos, de sorte que a máfia, longe de se tratar de uma seita ou organização, designaria uma “consciência do próprio ser, o exagerado

conceito da força individual, árbitra exclusiva de toda forma de conflito” (PITRÈ, 1969, p. 292 – tradução livre).

A este arsenal explicativo pertencem as expressões designativas da máfia como *ono-rata società* e dos mafiosos como *uomini d'onore*, locuções adjetivas pelas quais a organização e seus componentes seriam assimilados a valores de amplo compartilhamento social, a exemplo da honra, da coragem, da amizade, da família, das tradições locais – pura “estratégia comunicativa da própria máfia” (LUPO, 2007, p. 105 e 124 – tradução livre).

Contudo, o reconhecimento do culturalismo da atitude mafiosa e da recepção que a sociedade faz do fenômeno mafioso não pode ser levado ao ponto de ignorar a natureza dos ilícitos perpetrados, sendo certo que a sujeição espacial de parte da sociedade a grupos criminosos não tem o condão de normalizá-la, assim como as frotas de navios negreiros, as cafuas e os pelourinhos não se converteram em práticas aceitáveis por ser, à época, uma realidade, a escravidão.

A segunda característica bastante visível do fenômeno mafioso é o exercício da atividade de proteção: o mafioso sempre vai exercer alguma atitude de proteção do habitante do espaço físico dominado. A atividade de proteção é uma consequência da existência de núcleo de poder paralelo ao Estado, sendo a atividade básica de todo centro de poder politicamente organizado. Máfia sempre foi sinônimo de segurança e de proteção.

A cobrança do *pizzo*, nesse sentido, se apresenta como sinal visível do controle territorial exercido pela família mafiosa dominante e instaura uma “indústria da violência”, de forma que a proteção oferecida, posto que dirigida contra a “criminalidade comum” – “*la mafia è il rimedio omeopatico della criminalità*” (LUPO, 2010, p. 40) –, representa, em verdade, um “sistema de taxaço pública paralelo” àquele cobrado pelo Estado (AR-LACCHI, 2010a, p. 48).

Esta característica diferencia claramente organizações de tipo mafioso do banditismo comum. O banditismo nasce como comportamento contra o Poder Público e contra as pessoas do espaço privado. Praticam atos que deveriam estar sendo coibidos pelo poder estatal que, por isso também, é ameaçado em virtude da clara ofensa à sua posição de ente de garantia da paz pública.

Já a máfia joga o jogo sociológico e histórico de sub-rogado do Estado, organizando-se sobre o espaço físico, controlando a segurança e protegendo os seus, além de, em um movimento bastante comum, se apropriar do bandido. A máfia simplesmente coopta o “pequeno criminoso” para que venha trabalhar sob as suas rígidas regras e sob seu poder: como anota Eric Hobsbawm (1996, p. 19), o “bandido contadino” se transforma em “bandido-patronal”.

Isto denota um aspecto substitutivo do Estado que tem relevância imensa para o enraizamento da atividade mafiosa e a dificuldade de combate ao fenômeno. Quando o Estado é fraco o bastante para se deixar substituir por uma força privada que atua ocupando o aspecto mais mezinho da existência humana – que é a própria sobrevivência do indivíduo –, a tendência subjetiva dos cidadãos é respeitarem e legitimarem a máfia, já que ela lhes dá aquilo que o Estado não consegue prover.

O terceiro aspecto caracterizador da máfia é a sua organização em “bandos”, *cosche* ou *famiglie*, as quais exercem poder sobre um determinado território e, depois, se organizam hierarquicamente sob um poder central. A violência e a intimidação são os elementos fundamentais das atuações das famílias, razão pela qual a extorsão figura como a mais recorrente fonte de renda mafiosa.

As origens deste modelo familiar podem ser buscadas, ao menos no caso da Sicília, na *Seita Segreta do Beato Paolo* no final do século XVIII, a qual, possivelmente, também se valeu de cópias de rituais e símbolos da seita dos *Vendicosi*, ativa na Sicília no século XII (CASTIGLIONE, 1999, p. 44).

Essas práticas se localizam historicamente como reações e movimentos internos ao modelo feudal siciliano que permitiu o desenvolvimento do que seria, no futuro, a máfia. Para muitos autores, com efeito, é ali, na base do sistema feudal em decomposição que se localiza a *protomafia*, ou a origem do sistema mafioso que se discute hoje. Já no final do século XIX, de fato, os principais estudos dedicados ao tema – lembre-se das “Condições políticas e administrativas na Sicília”, de Leopoldo Franchetti e Sidney Sonnino – assentavam que à abolição do feudalismo siciliano não sobreviera a instauração de uma ordem estatal moderna que, efetivamente, exercitasse o monopólio da violência (PEZZINO, 1995, p. 82 *et seq.*).

Destacava-se, nesse sentido, que o senhor feudal ocupava a posição de proprietário de todo o sistema produtivo, explorando os servos e se utilizando da força de seus vassalos. Na quebra do sistema feudal, teria havido um novo reagrupamento de forças e uma nova necessidade de proteção. Considerando que na destruição daquele modo de produção não surgiu um Estado forte para ocupar o vácuo de poder, associações de pessoas – provavelmente, vassalos – ocuparam o espaço e originaram a noção contemporânea de máfia (GAMBETTA, 1992, p. 229).

Autores mais contemporâneos têm insistido, lado outro, que, durante todo o século XIX, o poder estatal não chega à Sicília, inexistindo poder político centralizado em Roma que deitasse os olhos na Ilha ou que pudesse ocupar o lugar da coisa pública. A Sicília esteve, então, sob a regência do patronato mafioso, que fazia as vezes de poder estável visível. Mesmo tendo havido desconstrução do modelo feudal, a mentalidade insular permaneceu feudalista, e a necessidade de proteção e de segurança do camponês terminou por levá-lo à busca de forças efetivas. Os símbolos de força e proteção, que eram a feição visível do poder, terminaram sendo elementos de constituição da máfia (PANTALONE, 1993, p. 27).

Os *gabellotti* faziam as vezes de representantes do grande proprietário de terra que nunca era visto, compondo uma classe média rica que assume o poder na Sicília depois da desconstrução do feudalismo. Eram, na origem, beneficiários do sistema mafioso e se ocupavam, além das questões de segurança e de proteção, do fornecimento de água para irrigação. O controle da terra e do solo passa a ser exercido por eles, configurando os precedentes remotos do mafioso contemporâneo. Daí dizer-se, inclusive, que o *gabellotto* é

a “espinha dorsal da máfia” (TURONE, 2008, p. 43), já que, na queda do feudalismo, o poder se desloca para esse grupo social que está na origem do futuro mafioso.

Esses três aspectos do fenômeno mafioso – paraestatalidade, proteção privada e organização em núcleos –, cozidos no caldo do feudalismo tardio, engendraram uma situação de prolongamento do poder da qual emanava a força do mafioso. Podemos observar, também, que a carência ou mesmo a total ausência de Estado organizado serviu de mola propulsora e de justificação material para o fortalecimento da máfia e para a sua normalização e aceitação no tecido social.

A utilização dos ritos da seita dos *Beati Paoli* e a criação de vínculos morais específicos – como a noção de *uomo d'onore* ou *omertà* – dão cor local à máfia e representam a sua relação mais íntima com a cultura autóctone da região onde desejam exercer a sua força e atingir o maior nível de controle possível. Os vínculos associativos tendem a ficar mais fortes e profundos quando sacramentados à luz de uma ritualística própria, valendo referir, sob essa perspectiva, a afirmação folclórica do *grande pentito* Antonino Calderone, segundo o qual:

“[M]i scuserete di questa differenza che io faccio fra mafia e delinquenza comune, ma ci tengo. Tutti i mafiosi ci tengono. È importante: noialtri siamo mafiosi, gli altri sono uomini qualsiasi. Siamo uomini d'onore.” (ARLACCHI, 2010b, p. 12.)

No século XX, quando o poder estatal começa a ocupar a Sicília de maneira mais contundente, contrapondo-se ao controle que a máfia exerce em substituição ao Estado, dois movimentos se sucedem num complexo histórico-causal: primeiro, a cooptação dos administradores pela própria máfia e, segundo, os confrontos violentos entre a máfia e o Estado.

As relações entre máfia e política vêm exatamente da nova presença do Estado italiano na Sicília que exige das famílias mafiosas uma rearticulação tendente à corrupção e à infiltração de agentes mafiosos no espaço da administração pública. A máfia entende que o Estado precisa ser controlado porque, acima de tudo, o próprio Estado é um grande negócio.

Neste momento histórico, o que se vislumbra é não apenas o contexto da corrupção estatal, mas também a corrupção do próprio processo eleitoral, pois sendo a máfia geratriz de poder num local específico, a presença do Estado implica maior necessidade de a máfia controlar o Estado, quer nas eleições, quer na administração. Fator de relevo neste delicado equilíbrio entre poder político e máfia ocorre na década de 1950, posteriormente à 2ª Guerra Mundial, quando a Sicília experimenta um grande movimento de migração urbana: os centros urbanos, sobretudo a capital Palermo, vivenciam vertiginosa expansão.

Tal “êxodo rural mafioso” – fruto, sem dúvida, do investimento de capital acumulado pelos delitos tradicionais na exploração edilícia da urbanização – resulta na infiltração mafiosa nas então recentes contratações públicas do setor, assumindo verdadeiro papel

regulatório e setorial da economia (SCIARRONE, 2009, p. 102 *et seq.*). Nas palavras de Giovanni Falcone (2018, p. 156 – tradução livre):

“não é de surpreender que as empresas mafiosas assumam gradual e pessoalmente o controle das concorrências de contratos públicos. Possuem em mão um trunfo: a capacidade de desencorajar qualquer concorrente com intimidação e violência; a faculdade, sempre através da intimidação, de não respeitar as normas coletivas sobre a construção civil e sobre segurança do trabalho.”

Pode-se dizer, desta realidade, que os mafiosos experimentaram-na como diferenciada via do exercício do poder, bastante diverso daquele paradigma rural: a máfia urbana não é outra coisa que um desenvolvimento da máfia agrícola. Interessante notar, nesse sentido, que diferentemente da *Camorra*, que nasce como fenômeno urbano de unificação da criminalidade marginalizada, a *Cosa Nostra* e a *Ndrangheta* apenas modificam suas conexões para se amoldarem ao novo paradigma de ocupação territorial urbana, distanciando-se do modelo exclusivamente camponês (TURONE, 2008, p. 51).

Neste novo espaço de atividade, a máfia começará a agir basicamente nos mercados e nos bairros pobres, impondo-se a partir da ideia de segurança, proteção e cuidado. Nesse período que corresponde aos anos de 1950 e 1960 do século passado, as atividades de intermediação de comércio e de construção civil vão se tornar espaços de máfia, exigindo uma nova reorganização das *famiglie* para compor, no mesmo espaço urbano, interesses mafiosos contrapostos. Montam a este período histórico, de um lado, o lucrativo “ciclo do cimento”, explorado na construção civil mediante o que se cognominou de *mafie dei cantieri*; e, de outro, as disputas acirradas para tomar seu controle, sintetizadas na “1ª Guerra de Máfia”, expressão cunhada pelos estudiosos para designar o elevadíssimo número de homicídios de origem presumida ou comprovadamente mafiosa ocorridos na Sicília entre 1962 e 1969 (ARLACCHI, 2010a, p. 163).

Nesta urbanização mafiosa, seguem sendo utilizados rituais de iniciação um tanto copiados da seita antiga do *Beato Paoli*, acrescida de outros detalhes. Cuida-se de mera apropriação ritualística, para garantir certa aura de misticismo e sombras, de modo que o sentido de marcação da iniciação do mafioso traz consigo a atmosfera mística de um ato religioso e profano ao mesmo tempo. A conotação pragmática de toda a ritualística de recepção do novo mafioso é garantir, pela seriedade do ato, um silêncio eterno para com as atividades do grupo criminoso: “*col sangue si entra, e col sangue si esce da Cosa Nostra!*” (ARLACCHI, 2010b, p. 55.)

Ao final dos anos 60, a máfia começa a perder a aceitação da base social que deixa de percebê-la como guardiã (violenta) dos valores sicilianos mais recônditos. É certo que a atividade mafiosa se afigurava materialmente mais legítima quando do seu nascimento, na desestruturação do sistema feudal combinada com a baixa ocupação do espaço siciliano pelo Estado; contudo, sempre foi uma atividade de dominação do outro, controle do espaço físico, substituição do Estado e núcleo de práticas criminosas.

A migração urbana apresentou renovados desafios, tornando menos opacas as facetas da violência mafiosa traduzidas em ambientes sociais mais densos e com maiores níveis de conscientização cívica. Exatamente por isso, a contemporaneidade tem reunido expressivos setores da sociedade civil italiana, sobretudo na Sicília, com vistas a debelar este sinal visível da *Cosa Nostra* mediante iniciativas pedagógicas de conscientização da juventude a respeito das consequências deletérias do fomento econômico da máfia, sintetizadas na expressão *addiopizzo*⁴.

Alguns autores se referem à aceitação e à naturalização da atividade mafiosa como um “consenso viciado” segundo o qual a população camponesa tenderia a ver o mafioso como necessário e mesmo fundamental para a sua própria sobrevivência, o que não se repete no espaço urbano. O consenso viciado, nesse sentido, seria característica da velha máfia (TURONE, 2008, p. 54) e sua erosão se acentua com a migração das atividades mafiosas para o espaço urbano, corroendo-se mais rapidamente a partir da década de 1960, desde quando as manifestações *gangsteriformes* minam a aceitação popular da máfia siciliana, mas não dissolvem a sua permeabilidade, e a explicação está exatamente na atividade que vem desenvolvida pela máfia no pós-guerra: o tráfico de drogas e a construção civil.

A *Cosa Nostra* siciliana se torna uma empresa gigantesca que explora não apenas a extorsão e a necessidade de proteção dos mais frágeis, como também se ocupa de atividades lícitas e empresariais. A doutrina italiana, então, ressalta o advento da “empresa mafiosa”, caracterizada por força de três notáveis particularidades: em primeiro lugar, o emprego dos métodos de intimidação mafiosa representa verdadeiro fator de desencorajamento concorrencial, daí surgindo pactos de cartelização ou mesmo a expansão de círculos monopolísticos em determinadas atividades econômicas (*scoraggiamento della concorrenza*); ao depois, a submissão dos empregados à compressão salarial, extorquida não raro sob o jugo de um regime de força e intimidação, barateia os custos do produto final a que se dedica a empresa mafiosa (*compressione salariale*); por fim, e mais importante, a empresa mafiosa, dispondo de amplos e não contabilizados recursos oriundos das atividades ilegais paralelamente desenvolvidas, não se submete às mesmas contingências macroeconômicas suportadas pelas empresas lícitas, a exemplo dos ônus tributários e dos encargos financeiros embutidos pelas instituições financeiras na concessão de financiamentos, amealhando, enfim, predatória *riserva di autofinanziamento* (ARLACCHI, 2010a, p. 101/124, *passim*).

É nos anos 70 que a máfia se solidifica e caminha para seu período de maior acúmulo de riqueza, construindo um perfil de controle sindical e empresarial em paralelo ao controle dos jogos de azar, contrabando e tráfico de drogas (TRANFAGLIA, 1991, p. 98). A própria estrutura hierárquica das famílias mafiosas sofreu profundas alterações com as renovadas possibilidades negociais inauguradas pela difusão da heroína, de sorte que a antiga, rígida compartimentalização dos *uomini d'onore* em *famiglie* começa a ceder lugar

4. Disponível em: [https://www.addiopizzo.org]. Acesso em 10/07/2020.

a estruturas mais alargadas e a uma articulação diversificada de alianças no seio da organização (FALCONE, 2010c, p. 306/309, *passim*).

Por fim, a enorme capitalização oriunda do tráfico de drogas catapultou o espectro de atuação mafiosa até patamares econômicos inauditos: a noção de unidade da máfia foi dissolvida em uma pluralidade ilusória de segmentos dispersos – máfia dos contratos e subcontratos públicos, máfia dos supermercados, máfia dos comerciantes, máfia das propinas –, cuja síntese orgânica se pode resumir na expressão *mafia camaleontica* (SALES; MELORIO, 2017, p. 59).

Consoante já se disse anteriormente, na década de 80 surge a “Segunda Guerra de Máfia”, responsável pela solidificação do poder dos *corleoneses* como líderes da organização que emergia da guerra mais forte, mais sólida e a frente de negócios cada vez mais abrangentes. Com altíssimo grau de empreendedorismo, a máfia se torna mais forte e mais sanguinária, corroendo cada vez mais sua aceitação popular. Verdadeiro subproduto desta estratégia consiste na irrupção de fendas na carapaça histórica da *omertà*: a mais notável delas consistiu na versão narrada por Tommaso Buscetta, cujas informações conduzem ao *maxiprocesso* e à consequente condenação de muitos mafiosos sicilianos.

A partir da confirmação da sentença palermitana pela Corte de Cassação italiana, a *Cosa Nostra* empreende uma verdadeira guerra contra o Estado que culmina com os atentados que tiraram a vida de Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, respectivamente em 23 de maio e 19 de julho de 1992. Neste período, ocorreram também os atentados de Firenze, Milão e Roma, responsáveis pela perda definitiva da sensação de legitimidade de que gozava a máfia, com o estabelecimento não apenas de reações populares ao fenômeno mafioso, mas também a criação e a posterior solidificação de uma cultura anti-máfia.

Alterações legais que se traduzam em aumentos de pena e mudanças no regime penitenciário não são instrumentos suficientes para reduzir a criminalidade causada pelas associações criminosas de tipo mafioso e nem contribuem para opor a sociedade ao sistema de máfia; contudo, todas as variantes de atuação devem ser observadas, já que, de uma forma ou de outra, são estratégias que se complementam.

Não apenas a educação inclusiva, com ampla discussão acerca da delinquência mafiosa é importante; não apenas novas leis e novos fatos típicos são respostas adequadas; não apenas inovações policiais tecnológicas são capazes de enfrentar a realidade mafiosa e vencê-la; não apenas a leitura dos cenários em que a máfia desafiou a estatalidade. É necessário articular o pensamento criminológico e o raciocínio jurídico em uma síntese harmônica que respeite, a um só tempo, a coerência eficientista do sistema e as garantias constitucionais dos investigados.

A essas considerações se dedica o próximo capítulo, ao longo do qual pretendemos demonstrar algumas das possibilidades de espelhamento típico entre as legislações brasileira e italiana, verticalizando, em termos dogmáticos, as tensões que já se anteciparam, neste primeiro capítulo, no plano sociológico.

3. ESPELHAMENTOS TÍPICOS

Em recente e volumosa monografia, o juiz aposentado da Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky (2018, p. XXVI), dedicou mais de 400 laudas à retrospectiva filosófica de alguns dos grandes temas do Direito Público. Nas linhas primeiras daquela obra, o jurista italiano, invocando a autoridade doutrinal de Hans Kelsen, formulou enigmática provocação: a ontologia própria do Direito se esconde por detrás do véu de Medusa; por medida de cautela, melhor que se a contemple através do espelho.

Ao passo que o regime judiciário tradicional se inscreve na *graphosphère* – mobilizando a racionalidade discursiva sobre as lógicas da argumentação, referência ao texto, deontologia da interpretação ---, as mídias encharcam o público com o imediatismo selvagem de reações primitivas, para as quais a argumentação jurídica e a anamnese dos textos que disciplinam o poder punitivo não representam senão obstáculos ao gozo sacrificial (*justice télévisuelle* ou *jurisdiction des émotions*) (OST, 2012, p. 175).

A mais segura metodologia para impedir que essas abordagens, à guisa de Medusa, petrifiquem a lógica processual e as garantias de todo e qualquer imputado, consiste em fincar balizas firmes, na ciência penal e na jurisdição criminal, a fim de valorizar a *stretta legalità* que governa a pretensão estatal punitiva e proscrever as abordagens substancialistas que pretendam entrever delituosidade onde a lei não o faz (FERRAJOLI, 2018, p. 370).

Sobretudo em se tratando de modalidades delitivas que inspiram a figura do “combate emergencial” e da “penalização do inimigo”, como o são a associação de tipo mafioso e a formação de organização criminosa (DONINI, 2010, p. 147), não é concebível que a interpretação das leis penais envolvendo a criminalidade organizada, a pretexto da gravidade inequívoca de seus âmbitos de atuação, esteja entregue à *herméneutique du “do it yourself”*, pela qual a livre interpretação, ao sabor do intérprete, manipularia as firmes amarras que o Estado de Direito impõe ao poder de punir (OST, 2012, p. 95).

Retomando a vertente literária a que se aludiu na introdução deste artigo, não se pode ignorar que, malgrado as narrativas ficcionais de que se utilizam a literatura e o cinema, funcionem como *instrument d’optique sans equivalent* (ENSMINGER, 1999, p. 09); as páginas e as telas apresentam, em paralelo, o risco de subversão da semiótica processual, degenerando-se os ritos de acusação e defesa em superfluidades operacionais que somente agradarão ao público caso periodizem um *bollettino di guerra contro la criminalità* (AMODIO, 2016, p. 135).

É exatamente nesta delicada setorialidade do poder estatal que os atributos da dogmática jurídica se expõem em sua luminosa teleologia: uma reflexão tecnológica a serviço da ação (MAGGIORE, 1955, p. 45); um controle de consistência relativamente a outros casos semelhantes (LUHMANN, 1983, p. 34; ALEXY, 1996, p. 332); uma consequência do princípio da intervenção legalizada do poder punitivo estatal e uma conquista irreversível do pensamento democrático (MUÑOZ CONDE, 1975, p. 136); um freio à arbitrariedade das decisões penais (MANRIQUE; NAVARRO; PERALTA, 2011, p. 170).

Noutras palavras:

“[Q]uanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontrolláveis a condenação ou a absolvição. [...] E quanto menor for o desenvolvimento dogmático, mais loteria, até chegar à mais caótica e anárquica aplicação de um Direito Penal do qual – por não ter sido objeto de um estudo sistemático e científico – se desconhecem o alcance e o limite.” (ORDEIG, 2004, p. 38.)

Tais reflexões ganham superlativa relevância em face da emergência, na Itália, de subprodutos estatais da “luta contra a máfia”: uma “euforia penalística” capitaneada pelos *giudici in lotta* (MOCCIA, 1995, p. 105), os quais estimulam, por razões várias, a formação de um “*modello di interventi giudiziari di tipo esemplare-profetico, tendente a dare un’immagine passionale, individualistica, moralista, in ultima analisi vindicativa della giustizia*” (MOCCIA, 1999, p. 149/150).

Valendo-nos dos ensinamentos contidos numa obra clássica a respeito dos crimes contra a ordem pública, a dificuldade teórica que desafia a penalística italiana consiste em reverter a suspeita de ilegitimidade constitucional que paira sobre diversificados ângulos de aplicabilidade do art. 416-bis do Código Penal italiano. A adequação desse dispositivo aos princípios constitucionais da determinação legal, materialidade e ofensividade depende, a rigor, das opções hermenêuticas selecionadas nos limites dados pela escala interpretativa propiciada pelo legislador. Em síntese, incumbe à dogmática fornecer critérios de orientação para as decisões judiciais que respeitem o texto constitucional (CAVALIERE, 2007, p. 421 e 628).

Essas são as premissas a partir das quais, neste capítulo, buscar-se-á espelhar o delito previsto no art. 416-bis do Código Penal italiano e o art. 2º da Lei 12.850/2013, captando-lhes alguns de seus aspectos simétricos e alguns outros que, na linguagem da óptica, guardem simetrias invertidas ou enantiomorfas, de ambos sendo possível arrancar conclusões dogmaticamente proveitosas. Para enriquecer as conclusões comparativas, serão referidos julgados oriundos da *Corte Suprema di Cassazione* (indicado no texto como “Corte de Cassação”), a qual figura como órgão de cúpula da jurisdição infraconstitucional italiana, regulado pelo art. 65 da *Legge Fondamentale sull’ordinamento Giudiziario del 30 gennaio 1941* e com atribuições análogas ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Vez mais, entretanto, é preciso afiar a *navalha de Ockham*: a estruturação metodológica deste artigo comporta digressão, apenas, sobre os aspectos mais gerais em que se aproximam ou se distinguem os tipos penais análogos da Itália e do Brasil. Questões mais específicas – a exemplo da tormentosa configuração do “concurso externo” no âmbito da “contiguidade mafiosa” (v.g., SESSA, 1999, p. 223 *et seq.*; MAIELLO, 2014, *passim*) –, serão objeto de consideração apartada dos autores noutra oportunidade.

3.1. Simetrias

Como se pretendeu ter demonstrado no primeiro capítulo, a introdução do art. 416-*bis* do Código Penal italiano satisfaz, de um lado, a certas necessidades simbólicas, afirmando o particular desvalor da associação mafiosa perante o Estado; de outro, a necessidades pragmáticas, tendo por objetivo superar as dificuldades de subsunção da atividade desses grupos ao crime previsto desde há muito no art. 416 do Código Penal italiano (*associazione per delinquere*) (FIANDACA; MUSCO, 2012, p. 493).

O atendimento de tais necessidades se deixa ver na literalidade do art. 416-*bis*, cuja tradução livre pode ser assim enunciada:

“Qualquer pessoa que faça parte de uma associação de tipo mafioso composta por três ou mais pessoas é punida com reclusão de dez a quinze anos.

Aqueles que promovem, dirigem ou organizam a associação são punidos, somente por isso, com reclusão de doze a dezoito anos.

A associação é de tipo mafioso quando aqueles que pertencem a ela fazem uso da força intimidadora do vínculo da associação e da condição de sujeição e *omertà* que dela advém para cometer crimes, para adquirir em modo direto ou indireto a gestão ou, de qualquer forma, o controle de atividades econômicas, de concessões, de autorizações, contratos e serviços públicos ou para obter lucros ou vantagens injustas para si ou para outras pessoas, ou com o fim de impedir ou dificultar o livre exercício do voto ou de angariar votos para si ou para outras pessoas na ocasião das eleições.

Se a associação é armada, a pena de prisão de doze a vinte anos é aplicada nos casos previstos no primeiro parágrafo e de quinze a vinte e seis anos nos casos previstos no segundo parágrafo.

A associação é considerada armada quando os participantes têm a disponibilidade, para a consecução da finalidade da associação, de armas ou materiais explosivos, mesmo que ocultos ou mantidos em depósito.

Se as atividades econômicas das quais os associados pretendem assumir ou manter o controle são financiadas, no todo ou em parte, com o preço, o produto ou o lucro dos crimes, as penas estabelecidas nos parágrafos anteriores são aumentadas de um terço à metade.

É sempre obrigatório o confisco das coisas que serviram ou foram destinadas a cometer o crime e as coisas que dele são o preço, o produto, o lucro ou que constituem seu uso.

As disposições do presente artigo se aplicam também à camorra, à ‘ndrangheta e às outras associações, ainda que localmente denominadas, inclusive estrangeiras, que,

valendo-se da força intimidadora do vínculo associativo, perseguem escopos correspondentes àqueles das associações de tipo mafioso.”⁵

Inserido no Título V do livro segundo da parte especial, a associação de tipo mafioso se inscreve, na topologia do Código Penal italiano, entre os crimes contra a ordem pública (*dei delitti contro l'ordine pubblico*). Segundo majoritária doutrina, a *objetividade jurídica* do delito consistiria na agressão pluriofensiva não apenas à ordem democrática e à ordem pública, como também às condições que asseguram a liberdade de mercado e a iniciativa econômica (INSOLERA, 1996, pp. 69/70).

Outros autores acrescentam, explorando uma faceta pouco lembrada da *omertà*, que o delito em tela vulnera, igualmente, a liberdade moral de seus próprios participantes, constrictos pela força intimidadora de um profundo vínculo associativo (SPAGNOLO, 1997, p. 110/111), concepção essa que se afina aos princípios da determinação legal do tipo e da ofensividade. Isso porque, ao salientar que a consumação delitiva depende do efetivo uso da força intimidadora do vínculo da associação para cometer crimes, essa interpretação afasta da incidência penal meros atos preparatórios que não tenham, ainda, ingressado na esfera típica da prática de atos de intimidação lesivos à liberdade moral dos envolvidos (CAVALIERE, 2007, p. 397).

O delito sob análise, ainda sob a ótica do bem jurídico tutelado, suscitou as mais acesas controvérsias. Em abordagem rica de potencialidades reflexivas, Eugenio Zaffaroni (1999, p. 68 e 84) assevera que “crime organizado” não é um conceito criminológico, apenas uma “categorização falida” que o “poder impôs aos criminólogos”, de cuja vagueza semântica só poderá surgir um “direito penal autoritário” desapegado do “princípio da legalidade”.

Mesmo viés crítico foi adotado por outros eminentes estudiosos. O professor emérito da *Università degli Studi di Napoli Federico II*, Sergio Moccia (1999, p. 153), por exemplo, deriva das fontes constitucionais italianas a aparente incompatibilidade da legislação antimáfia com um “direito penal do fato”, o qual “*impone di risalire dagli eventi ai soggetti e non, vice-versa, dall'individuazione di possibili soggetti ipotizzare degli eventi*”. Vem de Luigi Ferrajoli (2018, p. 858), lado outro, a invectiva de que as hipóteses incriminadas no contexto da legislação emergencial, com especial referência à tipificação das associações de perfil mafioso, configuram “*distorsione soggettivistica e sostanzialistica del reato*”, além de uma “*accentuata personalizzazione del diritto penale del emergenza*”.

Sendo este um tópico de inequívoca simetria com a legislação italiana – é lugar-comum, na doutrina pátria, afirmar-se que a objetividade jurídica tutelada pelo crime de organização criminosa consiste na “paz pública” (v.g., CABETTE; NAHUR, 2014, p. 134) – a penalística brasileira tem indicado semelhantes inquietações, as quais florescem, com vigor, ao se discutir a incidência do art. 2º da Lei 12.850/2013 às estruturas

5. Tradução livre do texto legal disponível em: [www.altalex.com/documents/news/2014/04/18/dei-delitti-contro-l-ordine-pubblico]. Acesso em: 18.11.2020.

empresariais cujas atividades econômicas se valem, ainda que não exclusivamente, de frequentes recursos a práticas ilícitas. À consistente recusa dogmática de alguns autores em aceitar a tipicidade desse comportamento no direito penal brasileiro (v.g., BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 28), outros objetam com os riscos do que se poderia denominar de “direito penal de autor invertido” (GOMES; SILVA, 2015, p. 66).

Já a *tipicidade subjetiva* do delito pode ser analisada, consoante os tratadistas de tomo, sob dúplice perspectiva: *dolo genérico* em relação à conduta associativa, consubstanciada na decisão consciente e voluntária de contribuir, de qualquer forma, à associação (*affectio societatis*); *dolo específico* em relação às finalidades alternativas descritas no art. 416-bis do Código Penal italiano (SPAGNOLO, 1997, p. 86; CAVALIERE, 2007, p. 444). Posto que não seja necessário conhecer a identidade de todos os afiliados, o elemento subjetivo deve abranger, no mínimo, a consciência e a vontade de aderir à atuação de outras duas pessoas, segundo o quantitativo numérico exigido pela norma penal italiana (INGROIA, 1993, p. 143).

Também no direito brasileiro se tem afirmado que a conformação subjetiva da tipicidade penal reclama a existência, para cada agente, ao menos, da representação mental da existência dos outros três integrantes da organização criminosa (GOMES; SILVA, 2015, p. 96), valendo notar a lembrança de parcela da doutrina, segundo a qual

“é insuficiente que, objetivamente, tenha servido ou realizado alguma atividade que possa estar abrangida pelos objetivos criminosos da organização criminosa, como, por exemplo, os ‘laranjas’, que são meros instrumentos” (BITENCOURT, 2016, p. 675).

Já no que se refere à *tipicidade objetiva*, desperta curiosidade que a Lei 12.850/2013, se afastando da melhor técnica, tenha encampado verdadeira cisão topológica: criminaliza determinada conduta num dispositivo (art. 2º), conceituando-a noutro (art. 1º, § 1º), do qual se devem buscar, portanto, as *elementares implícitas* para correta exegese da tipicidade delitiva (BITENCOURT, 2016, p. 674).

Destacada essa particularidade, interessante paralelismo simétrico se pode traçar a partir da maior reprovabilidade da associação mafiosa que disponha de armas ou materiais explosivos. Com efeito, o art. 416-bis do Código Penal italiano, depois de prever sensível majoração dos patamares mínimos e máximos de apenamento, dedica o seu parágrafo quinto ao esclarecimento da hipótese normativa: “A associação é considerada armada quando os participantes têm a disponibilidade, para a consecução da finalidade da associação, de armas ou materiais explosivos, mesmo que ocultos ou mantidos em depósito.”

Segundo precedentes oriundos da Corte de Cassação, ambos os parágrafos cuidam de uma “circunstância agravante”, especializada em relação ao delito-base em virtude do “elemento acessório e accidental da disponibilidade, por parte dos associados, de armas e materiais explosivos”, incidente aos casos em que os associados, “ou mesmo somente alguns deles, tenham a disponibilidade”, “ainda que ocultos ou depositados em

determinados lugares” (Cass. Pen., sez. I, *Sentenza* 5.192/2016, de 10.11.2015). Entendeu-se, inclusive, que a disponibilidade de armas por apenas um dos associados basta à extensão da agravante a todos os seus partícipes, por força da presunção de violência nos meios utilizados pela máfia (Cass. Pen., sez. IV, *Sentenza* 14.186/2015, de 12.03.2015).

Já se decidiu, outrossim, que a participação em associação de tipo mafioso que disponha de armas não absorve a ilicitude penal autônoma, sob a ótica de objetividade jurídica, derivada do porte ou associação ilegais de armas, tratando-se, antes, de concurso material de crimes (Cass. Pen., sez. VI, *Sentenza* 14173/2010, de 15.12.2009). Parcela expressiva da doutrina italiana, entretanto, censura essa posição, da qual adviria colisão inaceitável com a vedação ao *bis in idem* (CAVALIERE, 2007, p. 458).

Já o art. 2º, § 2º, da Lei 12.850/2013, de sua vez, dispõe que as penas serão aumentadas até a metade se, na atuação da organização criminosa, houver emprego de arma de fogo, podendo-se notar, a despeito da semelhança entre os dispositivos, uma sensível diferença: a legislação brasileira, ao contrário da italiana, condiciona a majoração da pena ao efetivo emprego do armamento na atividade-fim da organização, não à simples disponibilidade. Simétrica, por outro lado, a admissão do concurso material de delitos associativos majorados pelo emprego de arma de fogo e os crimes previstos autonomamente pela Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) (v.g., STJ, HC 131.838/SP, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 10.06.2014, *DJe* 01.07.2014).

Recorde-se, por oportuno, recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo o “Primeiro Comando da Capital” (PCC), no qual se teve oportunidade de afirmar a inexistência de “ilegalidade na aplicação da causa de aumento prevista no § 2º do art. 2º da Lei 12.850/2013 em ½ (metade), em decorrência do notório potencial bélico da organização criminosa” (STJ, AgRg no AREsp 1.619.918/SP, 5ª T., rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 02.06.2020, *DJe* 15.06.2020).

Estabelecidas algumas das possibilidades de espelhamento simétrico entre as legislações brasileira e italiana, passamos a abordar aquelas outras que, na linguagem da óptica, guardam simetrias invertidas ou enantiomorfas, das quais também será possível arrancar conclusões dogmaticamente proveitosas.

3.2. Enantiomorfismos

Passando ao largo da aritmética diversidade entre a legislação italiana (que exige três ou mais pessoas para a consumação da associação de tipo mafioso) e a legislação brasileira (segundo a qual a organização criminosa pressupõe, no mínimo, quatro pessoas), seguramente a assimetria dogmática mais palpitante consiste na incriminação, à luz do art. 416-*bis* do Código Penal italiano, do exercício de atividades *lícitas* (sobretudo aquelas conexas à empresarialidade) que se tornam *ilícitas* por força do meio intimidativo empregado (FIANDACA; MUSCO, 2012, p. 495).

Segundo parcela da doutrina,

“um primeiro e fundamental dado distintivo em relação à associação para delinquir – que bem evidencia a lacuna sancionatória que o legislador pretende colmar – consiste no fato que o sodalício em exame não se propõe necessariamente como escopo a comissão de delitos, mas pode ser constituída também para o escopo mais geral de adquirir poder e capacidade de influência” (COCCO; AMBROSETTI; MEZZETTI, 2013, p. 539 – tradução livre).

É que o crime de associação de tipo mafioso pressupõe um meio de execução bastante específico – os agentes fazem uso da força intimidadora do vínculo da associação e da condição de sujeição e *omertà* –, consistente na capacidade da associação de incutir medo por meio da sua predisposição ao exercício da violência, a qual deve promanar impessoalmente do consórcio criminoso (RIONDATO; POVOLO, 2017, p. 72). Na dicção da Corte de Cassação, “a fama criminal é aquela impessoal do grupo; uma associação para delinquir que entre seus participantes ou entre seus chefes conte com um sujeito de reconhecida fama criminal não se torna, por si só, uma associação de tipo mafiosa” (Cass. Pen., sez. VI, *Sentenza* 18125/2020, de 22.10.2019 – tradução livre).

Como se referiu no capítulo anterior, ao se dissertar sobre os cenários protagonizados pela máfia, sua infiltração nos mais distintos setores da economia formal e informal – verdadeira “*conquista di spazi di potere nel settore economico pubblico e privato*” (SPAGNOLO, 1997, p. 71) – é que justificou a inserção destes objetivos típicos: “adquirir em modo direto ou indireto a gestão ou, de qualquer forma, o controle de atividades econômicas, de concessões, de autorizações, contratos e serviços públicos ou para obter lucros ou vantagens injustas para si ou para outras pessoas”. Essas finalidades alternativas substantiam os conteúdos possíveis do “programa criminoso”, expressão corriqueira na doutrina (FORTI; SEMINARA; ZUCCALÀ, 2017, p. 1.314) e na praxe jurisprudencial (Cass. Pen., sez. VI, *Sentenza* 44604/2019, de 11.09.2019).

Lê-se no art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013, lado outro, o conceito de organização criminosa adotado pelo legislador: “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”.

Bem se nota que a legislação brasileira, desprovida daquelas referências sociológicas ao método cultural de intimidação, exige, sempre que se pretenda guardar coerência com os princípios da legalidade estrita e da ofensividade, que a obtenção de vantagens de qualquer natureza, quando e se ocorrer, provenha da prática de infrações penais. Daí por que a criminalização das atividades empresariais lícitas, ainda que desenvolvidas por organizações criminosas que se dediquem a ilícitos outros, dependerá, em nosso ordenamento, da incidência de outras normas penais (notadamente aquelas previstas no art. 1º da Lei 9.613/1998), com maior espectro típico que o art. 2º da Lei 12.850/2013.

Exatamente a respeito desse tópico, chama atenção que as “Seções Unidas” da Corte de Cassação – trata-se de uma composição quantitativamente mais expressiva que as Seções individuais, conotando o entendimento unificado daquele órgão de cúpula do Poder Judiciário italiano – tenham excluído a configurabilidade do concurso entre o crime de reciclagem (art. 648-bis do Código Penal italiano) e o crime de associação de tipo mafioso, quando a imputação do primeiro envolva recursos provenientes do segundo (*Cass., Sezioni Unite, Sentenza 25.191/2014*, de 27.02.2014). A exceção fica por causa do concurso entre os delitos quando o associado que promova a reciclagem de valores oriundos exclusivamente dos delitos-fim ao quais, embora praticados pela associação de tipo mafioso, não tenha, o associado, concorrido com nenhuma contribuição causal (*Cass. Pen., sez. II, Sentenza 23.018/2015*, de 28.04.2015).

A jurisprudência brasileira, ao contrário, possui longa tradição no sentido de que os delitos associativos (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.582.261/PR, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.10.2019, *DJe* 25.10.2019; AgRg no REsp 1.456.290/MT, 6ª T., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 11.04.2019, *DJe* 29.04.2019), incluindo o crime de organização criminosa (STF, Segundo AgRg no Inq 4.327/DF, TP, rel. Min. Edson Fachin, j. 19.12.2017, *DJe* 09.08.2018), justificam punição autônoma e independente dos demais delitos que, concretamente praticados pelos associados, possuam bem jurídico distinto.

Igualmente interessante se afigura, ainda no plano da *tipicidade objetiva*, aquela observação majoritária da doutrina italiana, segundo a qual a associação mafiosa se caracteriza não tanto por ser uma “associação para delinquir”, mas uma “associação que delinque”; jogo de palavras com o qual se pretende enfatizar a necessária existência, para fins de consumação típica, da atualidade dos atos de intimidação (SPAGNOLO, 1997, p. 51; RIONDATO; POVOLO, 2017, p. 73).

A orientação jurisprudencial da Corte de Cassação sofreu oscilações a respeito. Decisões mais antigas, de fato, admitiram que “a violência ou a ameaça pudessem constituir um acessório eventual”, acolhida a prescindibilidade de um efetivo emprego da força intimidadora. Para essa corrente, seria “suficiente ter gerado na vítima a consciência de que o agente pertença a tal associação” (v.g., *Cass. Pen., sez. I, Sentenza 16.883/2010*, de 13.04.2010 – tradução livre).

A jurisprudência mais recente daquele Tribunal Superior, todavia, tem apostado ressaltando à figura da “máfia silente” para condenar seus integrantes (v.g., *Cass. Pen., sez. V, Sentenza 12.737/2020*, de 17.02.2020), exigindo, geralmente, que “a associação tenha conseguido em concreto, no ambiente no qual opera, uma efetiva capacidade de intimidação que deve necessariamente apresentar uma exteriorização, em forma de conduta positiva” (*Cass. Pen., sez. VI, Sentenza 18.125/2020*, de 22.10.2019 – tradução livre).

Percucientes analistas da matéria salientaram, com efeito, que a “atualidade” da violência ou ameaça se apresenta como verdadeiro fiel da balança para que não se resvale no “direito penal do autor”, que pune apenas a identificação deste ou daquele indivíduo com determinada associação mafiosa (MELIÁ, 2016, p. 111). A Corte de Cassação, por intermédio das “Seções Unidas”, teve oportunidade de retornar ao tema quando se definiu que

a necessária *atualidade* dos atos de intimidação é exigida até mesmo para o arbitramento das medidas cautelares no processo penal envolvendo investigados de associação de tipo mafioso (Cass., *Sezioni Unite*, *Sentenza 111/2018*, de 04.01.2018).

Inaceitável, nesse sentido, a imputação criminal à “propositura de uma pergunta, o silêncio ou um simples sorriso”. Tais atos, em verdade, não podem adquirir valência lesiva pelo só fato de terem sido praticados por uma pessoa pertencente à associação que tenha “fama criminal”, da qual derive uma “condição de temor difusa”, sob pena de que sejam punidos atos irrelevantes, somente porque realizados por um “associado” (CAVALIERE, 2007, p. 418).

A essa dificuldade, se agrega a amplamente criticada omissão do legislador italiano em determinar, objetivamente, o conteúdo fático que subjaz à conduta-base do art. 416-bis do Código Penal (“fazer parte”). A famosa delação de Tommaso Buscetta no *maxiprocesso* de Palermo, a que nos referimos no capítulo anterior, eviscerou os riscos intestinos dessa carência de determinação legal. Ao se entender que a prestação do *giuramento* bastaria para deflagrar a incidência da norma, escancarou-se o risco, em relação ao crime de associação de tipo mafioso, de punição de inocentes (os que se colocaram à disposição da máfia, mas nunca praticaram atos concretos em seu favor) e de absolvição de culpados (os que perpetraram homicídios e sequestros, sem jamais terem prestado o juramento) (CAVALIERE, 2007, p. 426).

A doutrina italiana, por isso mesmo, tem feito um repto a que o conteúdo jurídico-penal da conduta de fazer parte de uma associação de tipo mafioso deve conotar não apenas o “desvalor do evento”, mas, sobretudo, o “desvalor da ação”. Noutras palavras, “paralelamente à lesão de uma pluralidade de bens jurídicos, faz-se necessária a conduta caracterizada por uma agressividade correspondentemente reiterada e de duração potencialmente indeterminada”, prescindível a formalização de rituais iniciáticos ou do reconhecimento do agente como “mafioso” (CAVALIERE, 2007, p. 430 – tradução livre).

O crime previsto no art. 416-bis do Código Penal italiano, com efeito, não exige um evento em sentido naturalístico, revelando-se, enquanto tal, como “estrutura instrumental à comissão de ulteriores condutas típicas, lesivas de bens jurídicos”, “colocando-se em uma fase prodrômica em relação a tal evento lesivo” (CAVALIERE, 2007, p. 440). Sua consumação, nesse sentido, depende do emprego do método mafioso, mas não da implementação efetiva do “programa criminoso”, isto é, da consumação daqueles delitos para os quais a associação mafiosa se constitui (FORTI; SEMINARA; ZUCCALÀ, 2017, p. 1.333).

A exterioridade requisitada pela jurisprudência italiana suscita dúvidas fundadas, em uma abordagem comparativa, sobre a juridicidade do entendimento amplamente sufragado pela doutrina brasileira a respeito da inviabilidade da tentativa criminoso em relação ao art. 2º da Lei 12.850/2013. Considerando que, no Brasil, diferentemente da Itália, o tipo penal respectivo não contempla um artifício executivo por meio de cuja exteriorização se pudesse indiciar a ilicitude do objetivo final, conviria indagar a partir de

qual momento se diferenciam atos preparatórios impuníveis da efetiva consumação dos verbos nucleares “promover, constituir, financiar ou integrar” organização criminosa.

Para ficarmos apenas com o núcleo típico “promover” – comum a ambos os ordenamentos –, relembre-se que, segundo a doutrina italiana, o “promotor” se diferencia sob a ótica da culpabilidade na medida em que, de forma duradoura, favorece o incremento quantitativo da associação mafiosa mediante a cooptação de novos membros (CAVALIERE, 2007, p. 434). Já no direito brasileiro, a cisão topológica a que nos referimos anteriormente, endereçando os verbos nucleares de um dispositivo a um conceito que se encontra alhures, suscita algumas perplexidades. A doutrina, a propósito do mesmo verbo típico, parece ora assimilá-lo às condutas de “fomentar, desenvolver, estimular, impulsionar, anunciar, propagandear” (MASSON; MARÇAL, 2018, p. 68); ora atribuir-lhe a conotação de “colocar em evidência, exaltando seus próprios feitos, qualidades e atributos; dar publicidade, realizar divulgação” (GOMES; SILVA, 2015, p. 99/100).

Numa hipótese cuja simplicidade vem compensada pelo vigor exemplificativo, Eduardo Araújo da Silva (2015, p. 29) assenta ser admissível “a tentativa em relação às condutas promover e financiar a organização criminosa se, praticado qualquer ato nesse sentido, a finalidade buscada não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do autor (ex.: interceptação de panfleto tendente à promoção da organização ou de dinheiro remetido para fins de financiamento)”.

Contra a validade desse exemplo, parcela da doutrina objeta ser inverossímil que “alguém espalhe panfletos divulgando (promover) a organização criminosa”, mas, ainda que alguém assim agisse, “somente o faria se estivesse integrando o grupo (crime já consumado)” (NUCCI, 2019, p. 13). Em sentido semelhante, mas convergente à inviabilidade do *conatus*, outros autores invocam a literalidade do art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013, dela extraíndo a imprescindível estabilidade, divisão de tarefas e fixação de objetivos para a consumação delitiva (MENDRONI, 2014, p. 13).

Os argumentos, com o devido respeito, não convencem.

É que, ao menos até onde permite ver a exegese da lei brasileira, os atributos da ordenação estrutural e da divisão de tarefas predicam a organização criminosa, não os atos que a promovem, financiam, constituem ou integram. A lei não exige que se promova de forma ordenada, que se financie de modo estrutural, tampouco que o ato constitutivo ou a conduta integradora sejam, eles próprios, originariamente divididos em tarefas. São, os verbos nucleares, afluentes causais que convergem ao oceano típico de uma organização criminosa, ela, sim, composta de uma associação de 04 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas.

Figure-se, em primeiro lugar, a hipótese em que um dos leitores deste artigo, horrorizado, compartilhe, por meio de aplicativo de *smartphone*, fotografias de homicídios atribuídos à “FDN” e ao “PCC” contra membros de facções rivais. Imagine-se, em segundo lugar, a hipótese de um jovem aspirante ao ingresso no “Comando Vermelho” que divulgue, em seu perfil do *Facebook*, imagens e textos pelos quais pretenda exhibir o poderio bélico daquele grupo, vindo a ter sua postagem censurada pelos administradores da rede

social antes que pudesse ser visualizada por terceiros. Terão essas duas pessoas incorrido no art. 2º da Lei 12.850/2013, *promovendo* organizações criminosas?

A abordagem comparativa a que se dedica este artigo não autoriza que percorramos as várias etapas argumentativas necessárias a uma resposta satisfatória e abrangente a essa pergunta; todavia, a gravidade das premissas que fundamentariam uma resposta positiva nos exorta a refletir sobre a responsabilidade dogmática outorgada aos penalistas brasileiros, os quais haverão de delimitar, inclusive com recurso proveitoso ao Direito Comparado, a amplitude típica confortada pelo art. 2º da Lei 12.850/2013.

Por fim, ainda no que tange às condutas associativas, a tipicidade do modelo associativo delineado no art. 416-*bis* do Código Penal italiano conecta duas abordagens no emprego do método mafioso: “fazer parte” da associação de tipo mafioso compõe o núcleo verbal de base, punido de 10 a 15 anos; aqueles que a “promovem”, “dirigem” ou “organizam” ingressam numa setorialidade criminosa mais avançada, apenada com reclusão de 12 a 18 anos.

Quanto às condutas de promoção, direção e organização, posto que a doutrina italiana divirja a respeito da existência de “hipóteses delitivas autônomas” (RONCO, 2012, p. 2.080) ou de “figuras circunstanciadas em relação à hipótese-base da participação” (CAVALIERE, 2007, p. 424), a jurisprudência emanada da Corte de Cassação esclarece, em caráter majoritário, que “a conduta de quem promove, dirige ou organiza a associação constitui *fattispecie* autônoma de crime, não circunstância agravante da participação à associação mesma” (Cass. Pen., sez. II, *Sentenza* 20.098/2020, de 03.06.2020 – tradução livre).

A opção brasileira, a esse respeito, parece ser diversa: a leitura do art. 2º, § 3º, da Lei 12.850/2013, revela que a pena é *agravada* para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução, literalidade que evoca, à falta de uma fração determinada pelo legislador, a mesma discricionariedade regrada que se admite para dosar a agravante genérica prevista no art. 62, I, do Código Penal brasileiro (BITENCOURT, 2016, p. 678).

Como asseveramos desde o princípio, muitas outras possibilidades de espelhamento se apresentariam ao intérprete quando analisadas espécies delitivas com tamanho substrato histórico e jurídico; as limitadas dimensões deste artigo, entretanto, exigem a redução do espectro comparativo a algumas das mais vistosas semelhanças e distinções, reportando-nos a futuros ensaios para o aprofundamento da matéria.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2010, em uma das célebres alocuções sobre o estado da Estética, Giorgio Agamben (2014, p. 93) recapitulou a intuição de grandes literatos segundo os quais nenhuma das versões de um texto é definitiva: “*l’opera si dice finita quando, attraverso l’interruzione o*

l'abbandono, si costituisce come un frammento di un processo creativo potenzialmente infinito.”

O mesmo se poderá dizer a respeito de uma apreciação doutrinária, vazada em forma de artigo, que se disponha a abordar a tipificação penal da máfia italiana e seus espelhamentos com o crime análogo no direito brasileiro: a incompletude de suas premissas e a provisoriedade de suas conclusões lhe são conaturais. Algumas observações conclusivas, entretanto, se fazem possíveis e necessárias, de acordo com a estruturação bipartida de nossa proposta metodológica.

No primeiro capítulo, expusemos os cenários históricos e sociais onde se enfrentaram, com avanços e recuos, a máfia e a República italiana. O resgate dos antecedentes daqueles eventos trágicos de violência, sobretudo na Sicília ao fim do século XX, permitiu sumariar os caracteres definidores do fenômeno sociológico de que nos ocupamos: paraestatalidade, proteção privada e organização nucleada.

A migração das organizações mafiosas para o cenário urbano e sua infiltração nos mais lucrativos segmentos da economia italiana dissiparam a densa neblina dispersiva com que os agentes criminosos se pretendiam blindar contra as investidas estatais. A estratégia comunicativa da máfia, consistente na ampla difusão de uma imagem sectária dos mais arraigados e tradicionais valores da península, foi dissolvida pelo sangue que encharcou as décadas de 1960, 1970 e 1980.

Do rescaldo desse processo histórico emerge a norma penal italiana, cuja normatividade, para além de criminalizar as associações de tipo mafioso, defrontou a penalística daquele país com o desafio de articular o pensamento criminológico e o raciocínio jurídico em uma síntese harmônica que respeitasse, a um só tempo, a coerência eficientista do sistema e as garantias constitucionais dos investigados.

O segundo capítulo deste artigo se dedicou, exatamente nesse sentido, ao cotejo dos resultados parciais dessa empreitada dogmática com algumas das interpretações possíveis do art. 2º da Lei 12.850/2013, à luz de duas perspectivas de espelhamento típico com o art. 416-bis do Código Penal italiano.

Na primeira parte do segundo capítulo, destacaram-se problemas teóricos comuns a ambos os ordenamentos jurídicos, a principiar pelas discussões envolvendo a vagueza do *bem jurídico* tutelado pela norma penal e os riscos advenientes da configuração de uma “personalização de tipos penais”. Também neste tópico se discutiu a simétrica abordagem da *tipicidade subjetiva*, acentuando-se a necessária demonstração de que o agente tenha aderido subjetivamente à consumação do crime associativo e, se o caso, à prática de delitos outros, cuja autonomia delitiva, ainda quando sejam atribuíveis ao vínculo com a associação, demanda consciência e vontade autônomas. O terceiro tópico, por fim, indica uma simetria no plano da *tipicidade objetiva*, com ligeira diversidade no que tange à mera disponibilidade ou ao efetivo uso de armas pela organização criminosa, sendo comum o tratamento agravante da pena nos dois ordenamentos jurídicos.

A esse plano de espelhamento simétrico se agregam, na segunda parte do segundo capítulo, considerações a propósito da enantiomorfia que se pode entrever ao

compararmos, sob outras perspectivas, a associação de tipo mafioso italiana e a organização criminosa brasileira. Neste tópico, se destacou, no plano da *tipicidade objetiva*, que a associação de tipo mafioso pressupõe um meio de execução bastante específico, o qual, à luz do art. 416-bis do Código Penal italiano, atribui relevância penal mesmo ao exercício de atividades lícitas; ao passo que a criminalização dessas condutas, no direito brasileiro, exigiria o recurso adicional a outras normas, notadamente aquelas constantes da Lei 9.613/1998.

Avançando, demonstrou-se que o direito brasileiro, diversamente do que sucede na Itália, tem emprestado à *objetividade jurídica* suficiência argumentativa para que sejam punidos, cumulativamente, os delitos associativos e aqueles praticados pela associação. Sob outro ângulo, a jurisprudência da Corte de Cassação tem erigido rigorosas exigências típicas quanto à atualidade do “método mafioso” e suas formas de exteriorização, de modo a impedir que se punam condutas destituídas de qualquer relevância penal, camufladas sob duvidosas justificativas hauridas do “direito penal do autor”.

Mediante a exemplificativa evocação de casos concretos à luz da legislação brasileira, em seguida, o espelhamento crítico entre os tipos penais foi densificado ao redor de dois questionamentos envolvendo, de um lado, a curiosa aglutinação entre os atributos que predicam a própria organização criminosa e a forma com que se desenvolvem os verbos típicos do art. 2º da Lei 12.850/2013; de outro, a controversa admissão da *tentativa* nos delitos associativos e sua aparente incompatibilidade com os núcleos verbais lá referidos. Por fim, enfocou-se o distinto tratamento sancionatório dispensado pelas legislações brasileira e italiana para os casos em que determinados agentes ingressam numa setorialidade criminosa mais avançada, atuando na direção ou na organização da associação criminosa.

5. REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. Dal libro allo schermo. In: *Il fuoco e il racconto*. Milano: Nottetempo, 2014.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Contribuição especial: o crime de organização criminosa no Código Penal português. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Coords.). *Crime organizado*. Análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Crime organizado*. Aspectos dogmáticos e criminológicos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale*. Prassi, media, fiction. Milano: Giuffrè, 2016.

- AMORIM, Carlos. CV_PCC. A irmandade do crime. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- ARLACCHI, Pino. *La mafia imprenditrice*. Dalla Calabria al centro dell'inferno. Milano: Il Saggiatore, 2010a.
- ARLACCHI, Pino. *Gli uomini del disonore*. La mafia siciliana nella vita del grande pentito Antonino Calderone. Milano: Il Saggiatore, 2010b.
- BARATTA, Alessandro. Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale. In: *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 02.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BONINI, Sergio. Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello. In: VISCONTI, Costantino; FIANDACA, Giovanni (Coords.). *Scenari di mafia*. Orizzonte criminologico e innovazioni normative. Torino: Giappichelli, 2010.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade organizada e globalização desorganizada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.
- CASTIGLIONE, Francesco Paolo. *Il segreto cinquecentesco dei Beati Paoli*. Palermo: Sellerio, 1999.
- CAVALCA, Desiderio. *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*. Milano: Giuffrè, 1978.
- CAVALIERE, Antonio. Associazione di tipo mafioso. In: *Trattato di diritto penale*. Delitti contro l'ordine pubblico. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CHIESA, Nando dalla. Gli scenari internazionali della criminalità organizzata. In: *Mafia globale*. A cura di Nando dalla Chiesa. Milano: Laurana, 2017.
- COCCO, Giovanni; AMBROETTI, Enrico Mario; MEZZETTI, Enrico. *Manuale di diritto penale*. I reati contro i beni pubblici. 2. ed. Padova: Cedam, 2013.
- DICKIE, John. *Cosa nostra*. A history of the sicilian mafia. New York: Palgrave Macmillan, 2004.
- DONINI, Massimo. Una política criminal sin dogmática. In: *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Lima: ARA, 2010.
- ENSMINGER, Anne Teissier. *La beauté du droit*. Paris: Descartes & Cie, 1999.
- FALCONE, Giovanni. *Cose di cosa nostra*. A cura di Marcelle Padovani. 3. ed. Milano: Mondadori, 2018.
- FALCONE, Giovanni. La mafia non è invincibile. In: FALCONE, Giovanni. *La posta in gioco*. Interventi e proposte per la lotta alla mafia. A cura di Giuseppe D'Avanzo. Milano: BUR Rizzoli, 2010a.

- FALCONE, Giovanni. Tendenze attuali del fenomeno mafioso e problemi conseguenti. In: FALCONE, Giovanni. *La posta in gioco*. Interventi e proposte per la lotta alla mafia. A cura di Giuseppe D'Avanzo. Milano: BUR Rizzoli, 2010b.
- FALCONE, Giovanni. Il traffico di stupefacenti. In: FALCONE, Giovanni. *La posta in gioco*. Interventi e proposte per la lotta alla mafia. A cura di Giuseppe D'Avanzo. Milano: BUR Rizzoli, 2010c.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 11. ed. Bari: Laterza, 2018.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte speciale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012. v. 01.
- FORTI, Gabrio; SEMINARA, Sergio; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al codice penale*. 6. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2017.
- GAMBETTA, Diego. *La mafia siciliana*. Un'industria della protezione privata. Torino: Einaudi, 1992.
- GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *La justice et le mal*. Paris: Odile Jacob, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel*. Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier, 1951.
- HOBBSBAWM, Eric. *I ribelli*. Forme primitive di rivolta sociale. Trad. Betty Foá. Torino: Einaudi, 1966.
- INGROIA, Antonio. *Associazione di tipo mafioso*. Milano: Giuffrè, 1993.
- INSOLERA, Gaetano. *Diritto penale e criminalità organizzata*. Bologna: Il Mulino, 1996.
- LA SPINA, Antonio. Le principali organizzazioni mafiose italiane. In: LA SPINA, Antonio. *Il mondo di mezzo*. Mafie e antimafie. Bologna: Mulino, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUPO, Salvatore. *La mafia*. Centosent'anni di storia. Roma: Donzelli, 2018.
- LUPO, Salvatore. *Potere criminale*. Intervista sulla storia della mafia. A cura di Gaetano Savatteri. Bari: Laterza, 2010.
- LUPO, Salvatore. *Che cos'è la mafia*. Roma: Donzelli, 2007.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale*. Parte generale. 5. ed. Bologna: Nicola Zanichelli, 1955. v. 01, t. 01.
- MAIELLO, Vincenzo. *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*. Torino: Giappichelli, 2014.
- MANRIQUE, María Laura; NAVARRO, Pablo; PERALTA, José M. *La relevancia de la dogmática penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

- MELIÁ, Manuel Cancio. El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. In: CALLEGARI, André Luís (Coord.). *Crime organizado*. Brasil, Espanha e Colômbia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado*. Aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MOCCIA, Sergio. Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata. In: *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*. Tendenze autoritarie nel sistema penale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- NICOLINI, Roberto. Criminalità organizzata e spazi urbani: il caso brasiliano. In: *Mafia globale*. A cura di Nando dalla Chiesa. Milano: Laurana, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal*. Tem algum futuro a dogmática jurídico-penal? Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.
- OST, François. Retour sur l'interprétation. In: *Dire le droit, faire justice*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 2012.
- PEZZINO, Paolo. *Mafia: industria della violenza*. Firenze: La Nuova Italia, 1995.
- PITRÈ, Giuseppe. *Usi, costumi e pregiudizi del popolo siciliano*. Bologna: Forni, 1969. v. II.
- RIONDATO, Silvio; PROVOLO, Debora. Associazioni di tipo mafioso anche straniere. In: FORNASARI, Gabriele; RIONDATO, Silvio (Coords.). *Reati contro l'ordine pubblico*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2017.
- RONCO, Mauro. Art. 416-bis. In: *Codice penale commentato*. A cura di Mauro Ronco e Bruno Romano. Torino: UTET, 2012.
- ROVITO, Pier Luigi. Mentalità emergenziale e crimine organizzato: profili storici. In: *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- SALES, Isaia; MELORIO, Simonia. *Le mafie nell'economia globale*. Fra la legge dello Stato e le leggi di mercato. Milano: Guida, 2017.
- SCIARRONE, Rocco. *Mafie vecchie, mafie nuove*. Radicamento ed espansione. 2. ed. Roma: Donzelli, 2009.
- SESSA, Antonino. Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa. In: *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOUZA, Percival de. *O sindicato do crime PCC e outros grupos*. São Paulo: Ediuouro, 2006.
- SPAGNOLO, Giuseppe. *L'associazione di tipo mafioso*. 5. ed. Padova: Cedam, 1997.
- TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coords.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TRANFAGLIA, Nicola. *La mafia come metodo*. Bari: Laterza, 1991.
- TURONE, Giuliano. *Il delitto di associazione mafiosa*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- VARESE, Federico. *Vita di mafia*. Amore, morte e denaro nel cuore del crimine organizzato. Trad. Giovanni Garbellini. Torino: Einaudi, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita. In: *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. A cura di Sergio Moccia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Crime organizado e o problema da definição jurídica de organização criminosa, de Arthur Pinto de Lemos Junior – RT 901/427-448 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/775-798 (DTR\2010\889); e
- Organização criminosa no direito comparado: desafios da harmonização normativa e problemas dos transplantes legais, de Paula Brener – *RBCCrim* 172/125-159 (DTR\2020\12758).

LEY PENAL EN BLANCO Y LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO DELITO DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

BLANK CRIMINAL LAW AND THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE NEW CRIME OF ARTICLE 318 BIS OF THE CHILEAN CRIMINAL CODE

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

Doctorando en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile (2012), Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2005). Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Finis Terrae. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3599-4303>]. rriosa@uft.edu

Recebido em: 24.06.2020

Aprovado em: 26.10.2020

Última versão do autor: 09.11.2020

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMEN: En el presente artículo se aborda la constitucionalidad del nuevo delito incorporado en el artículo 318 bis del Código Penal chileno, el cual sanciona a quienes generen, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio. Se efectúa un análisis de este delito a partir de una revisión doctrinaria y jurisprudencial del Tribunal Constitucional chileno en torno a las leyes penales en blanco propias, categoría a la cual corresponde este nuevo tipo penal. Especial énfasis tendrá la determinación del núcleo de la conducta punible, y la remisión que el artículo 318 bis efectúa a normas infralegales de la autoridad sanitaria, para en definitiva concluir y asumir una postura en base a la pregunta principal de constitucionalidad de la norma analizada, a la luz de potenciales requerimientos de inaplicabilidad que sean de competencia del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: This article analyzes the constitutionality of the new crime incorporated in article 318 bis of the Chilean Penal Code, which sanctions those who knowingly generate the risk of spreading pathological agents in violation of an order from the health authority, in time of pandemic, epidemic or contagion. An analysis of this crime is carried out from a doctrinal and jurisprudential review of the Chilean Constitutional Court regarding the blank criminal laws, category to which this new criminal type corresponds. Special emphasis will have the determination of the nucleus of the punishable conduct, and the reference that article 318 bis makes to infralegal norms of the sanitary authority, to definitively conclude and assume a position based on the main question of constitutionality of the analyzed norm, in light of potential inapplicability requirements that are within the jurisdiction of the Constitutional Court.

PALABRAS CLAVE: Ley penal en blanco – Tribunal Constitucional – Inaplicabilidad por inconstitucionalidad – Principio de legalidad – Autoridad sanitaria.

KEYWORDS: Blank criminal law – Constitutional Court – Inapplicability due to unconstitutionality – Principle of legality – Sanitary Authority.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. Leyes penales en blanco. 3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno respecto de las leyes penales en blanco. 4. Nuevo tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal. 4.1. Determinación de la conducta típica. 4.2. Norma complementaria: "orden de la autoridad sanitaria". 5. Conclusiones. 6. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El día 19 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional chileno¹ declaró inadmisibile por extemporáneo, el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados de la República, respecto del artículo 1º, número 2, del “proyecto de ley que modifica el Código Penal para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia, correspondiente a los boletines N°s 13.304-11 y 13.389-07, refundidos”, en aquella parte que incorpora un nuevo artículo 318 bis al Código Penal².

La norma impugnada, sanciona a quienes generen, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio.

El argumento central de impugnación fue construido en base a considerar que dicha norma constituiría una ley penal en blanco propia, infringiendo con ello el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política chilena, que establece que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”,

1. De acuerdo al artículo 93 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional, tiene dentro de sus atribuciones de control de constitucionalidad: realizar un control preventivo y posterior de preceptos legales (incluidos los decretos con fuerza de ley); en este último caso, ya sea por la vía de requerimientos de inaplicabilidad o de acciones de inconstitucionalidad. Los controles preventivos se clasifican en facultativos (a requerimiento del Presidente de la República, de las Cámaras o de una parte de sus miembros en ejercicio) y obligatorios (respecto de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales que contengan normas propias de este último tipo de leyes). El Tribunal también controla, en forma preventiva y facultativa, los proyectos de reforma constitucional y los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Asimismo, ejerce control preventivo y posterior de normas propias de la potestad reglamentaria (decretos y resoluciones), entre otras funciones.
2. La razón de este rechazo formal se debió a que la ley ya había sido promulgada por el Presidente de la República.

y en ese contexto, no satisfaría los requisitos que se han determinado para considerar constitucionales a dicho tipo de leyes, sea desde el plano doctrinario, sea desde la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Más allá del rechazo formal que el Tribunal Constitucional hizo del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por el grupo de diputados, en el presente trabajo pretendemos abordar la pregunta en torno a si este nuevo tipo penal cumple o no con la exigencia de definir el núcleo central o fundamental de la conducta punible. Y si los aspectos que regula la norma de rango infralegal son o no de pormenorización suficiente para la conducta prohibida, sin que haya aspectos que puedan ser considerados excesivamente abiertos, ambiguos o vagos, lo que resultará pertinente a la luz de potenciales requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que puedan interponerse en lo sucesivo ante dicho tribunal.

Para lo anterior, haremos primeramente una revisión doctrinaria en torno al concepto de ley penal en blanco, con especial énfasis en aquellas catalogadas como leyes penales propias o propiamente tal, y su reconocimiento y aceptación a nivel constitucional de acuerdo al tenor del artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política chilena. Junto con ello, se hará una síntesis de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha producido a propósito de las leyes penales en blanco en nuestro ordenamiento jurídico, para de esa forma hacer patente cuáles han sido los requisitos que dicha magistratura ha establecido para reconocer valor constitucional a las leyes penales en blanco propias, y en ese contexto asumir una toma de postura en torno a la (in)constitucionalidad del nuevo delito incorporado en el artículo 318 bis del Código Penal.

2. LEYES PENALES EN BLANCO

El concepto de ley penal en blanco fue acuñado por Binding, designando a aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla, con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible³. Por su parte Cury (2009, p. 174) la define como: “aquella que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta”.

Las leyes penales en blanco se clasifican, tradicionalmente, en propias e impropias⁴. Leyes penales en blanco propias son aquellas “en las que se presenta una remisión a disposiciones jurídicas de menor jerarquía para precisar la conducta prohibida” (GARCÍA,

3. ETCHEBERRY, 1997, p. 83; ABEL, 2005, p. 14. BACIGALUPO, 1999, p. 159. BUSTOS, 1994, p. 158.

4. CURY, 1988, p. 40 y ss.; GARCÍA, 2012, p. 150.

2012, p. 151)⁵. Por su parte, leyes penales en blanco impropias son aquellas que “están complementadas por una ley distinta, pero de igual o superior jerarquía” (CURY, 2009, p. 175). La doctrina también agrega dentro de esta clasificación a la ley penal en blanco al revés, definiendo la misma como “aquella en que la ley describe completamente la conducta punible, pero entrega su sanción a una potestad normativa de jerarquía inferior” (POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, 2006, p. 98)⁶.

Sobre esta diferenciación, surge la disyuntiva en torno a reconocerles valor a este tipo de leyes penales, en términos de establecer si se ajustan o no a lo preceptuado por nuestra Constitución, en otras palabras, “si ellas contradicen o no el principio de reserva legal”⁷. En doctrina comparada, Zaffaroni (2006, p. 102) es tajante en este punto al señalar que: “las únicas leyes penales en blanco constitucionales son las que se remiten a leyes emergentes del mismo órgano político”⁸, esto es, sólo las leyes penales en blanco impropias serían constitucionales, por cuanto las propias conllevan que un órgano que no tiene competencia para configurar una ley penal lo haga, o bien implican derechamente una delegación de la competencia legislativa, lo cual es inadmisibles, y por ende, conllevan que las mismas sean inconstitucionales⁹. En el mismo sentido García (2007, p. 146), a propósito de las leyes penales en blanco impropias, sostiene que: “estos supuestos no representan una infracción del principio de legalidad en el sentido de distribución del poder, pues tanto la ley penal como la ley especial complementaria están expedidas por el legislador (o por una delegación de facultades legislativas)”.

A nivel nacional, en lo que dice relación con las leyes penales en blanco impropias, se señala que en ellas:

“No se suscitara problema de constitucionalidad, puesto que la ley que establece la pena se remite para determinar la conducta sancionada a otras disposiciones de la misma ley, o a otra ley del mismo rango constitucional, con lo que en definitiva siempre es la ley la que resulta ser fuente, tanto de la descripción de la conducta como de la pena correspondiente” (ETCHEBERRY, 1997, p. 85)¹⁰.

Respecto de las leyes penales en blanco propias, nuestra doctrina plantea derechamente su constitucionalidad “basados esencialmente en el tenor del artículo 19, N° 3, inciso final CPR, que dispone que: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

5. También, TIEDEMANN, 2007, p. 78; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, 2006, p. 96.

6. En el mismo sentido, MIR PUIG, 2007, p. 78.

7. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, 2006, p. 97.

8. También, ABEL, 2005, pp. 18 y 19.

9. ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA, 2006, p. 102.

10. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ, 1984, p. 243.

“El propósito de la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado, al aprobar este precepto [...] fue el de terminar con las leyes penales llamadas “en blanco”, esto es, aquellas que establecen sanciones sin describir adecuadamente las acciones incriminadas (Sesión N° 399). No obstante, la Junta de Gobierno eliminó la expresión “completa”. Es evidente que la modificación introducida tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa. La conducta, pues, que se sanciona, debe estar claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales” (VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, 1994, p. 221)¹¹.

Con ello se constata que al haberse eliminado del texto definitivo la expresión “completamente” como requisito copulativo, esto es, que la conducta estuviera descrita completa y expresamente en la ley, se abrió una puerta interpretativa para reconocerles valor a las leyes penales en blanco propias en nuestro ordenamiento jurídico¹². Rodríguez y Ossandón (2010, p. 48) sostienen que: “la doctrina chilena ha hecho suyo el criterio que acepta la plena validez de las leyes penales en blanco y la constitucionalidad del instrumento a través del cual se efectúa la labor de complemento”, afirmación que dichos autores hacen aplicable a las leyes penales en blanco propiamente tales o propias.

Cury (2009, p. 178) refiriéndose a esta supresión del término “completamente”, indica que el art. 19 N° 3, inciso final CPR: “no excluye la posibilidad de sancionar una ley en blanco, sino que tan sólo la limita, subrayando más bien el principio de tipicidad”. Pero, no obstante aquello, agrega, debe ponerse hincapié en los requisitos que deben cumplirse para que realmente este tipo de leyes penales en blanco puedan ser consideradas constitucionales. Así, propone una serie de requisitos que deben satisfacerse por parte del legislador para que las leyes penales en blanco estén acorde a los parámetros constitucionales, en especial, al principio de legalidad o reserva. A grandes rasgos los requisitos indicados por Cury son los siguientes:

“1.- La ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionada con una pena, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurriría.

11. Señala Cury que “no se conocen los motivos por los cuales más tarde el texto fue modificado y adoptó la redacción actual”, CURY, 1988, p. 61.
12. GONZÁLEZ y RÍOS, 2018, p. 259. “El TC interpreta que la supresión de la voz completamente implica, a contrario sensu, una conducta activa del constituyente en orden a admitir las leyes penales en blanco”, GARCÍA y CONTRERAS, 2014, p. 751. También en ETCHEBERRY, 1997, p. 85.

2.- Cuando la ley en blanco se remite a una norma legislativa de inferior jerarquía debe determinar por sí misma la sanción aplicable; a aquella sólo puede abandonar la precisión de las circunstancias bajo las cuales la conducta será castigada.

3.- Las normas complementarias de la ley penal en blanco deben recibir una publicidad semejante a la de ésta, aun cuando se encuentren consagradas en un instrumento legislativo de jerarquía inferior que, en otras circunstancias, no estaría sometido a ese trámite. En la práctica, esto significa que deben ser publicadas en el Diario Oficial.

4.- El órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional.

5.- Puesto que el contenido de la norma complementaria integra el tipo de la ley en blanco, rige para ella la exigencia de determinación del hecho. Es decir, ella debe precisar, tanto como le sea posible, los contornos de lo que está prohibido, describiéndolo, conjuntamente con la ley penal en blanco, de manera pormenorizada” (CURY, 2009, pp. 179-182).

Por su parte, Etcheberry señala al respecto que el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política:

“Excluye aquellos casos de leyes propias en que la remisión a la disposición extrapenal es total y no se ofrece determinación alguna respecto de la conducta incriminada [...] podría ser aceptable que la ley penal dejara parte de la descripción encargada a una fuente complementaria, siempre que lo esencial de la conducta estuviere ya señalado en aquella. Si ni siquiera con eso se cumpliera, no podría decirse que la descripción de la conducta es expresa. En otros términos, podría aceptarse la validez de las leyes en blanco propias siempre que fueran parcialmente en blanco, y no totalmente” (ETCHEBERRY, 1997, p. 86).

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO RESPECTO DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Respecto de las sentencias que el Tribunal Constitucional (STC) ha producido en materia de leyes penales en blanco, los argumentos que ha sostenido a lo largo del tiempo, a grandes rasgos, son los siguientes:

1.- La función de garantía ciudadana del principio de tipicidad es el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sancionase. De ahí que este principio se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma (STC Rol 549).

2.- La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la

ley cierta y expresa se entiende cumplida (STC Rol N° 24), cuando la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. El carácter expreso —claro, patente, especificado— que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales (STC Roles N°s 468, 549, 559, 1352, 1432, 2716, 2773 y 8354).

3.- La descripción que haga el legislador de la conducta puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal (STC Rol N° 549).

4.- En las leyes penales en blanco si la descripción resulta genérica, imprecisa o parcial, vulneraría el principio de legalidad de la ley penal, con todas las consecuencias jurídicas que su aplicación acarrearía (STC Roles N°s 468, 559, 1351 y 1352).

5.- El texto del artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución Política, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión completamente, ya mencionada en el acápite anterior, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión expresamente frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal. En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquella (STC Roles N°s 468, 559, 781, 1973, 2773 y 8354).

6.- Esta misma magistratura señaló, que es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa (STC Rol N° 24).

7.- Al establecer la reserva legal de la descripción de la conducta punible en el artículo 19 N° 3, con la fórmula expresamente, la Constitución ha garantizado el principio jurídico fundamental “no hay delito ni pena sin ley”, pero, asimismo, ha tolerado la existencia de las denominadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en

una norma originada en la instancia legislativa, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona. Esta delimitación significa que serán contrarias al precepto constitucional señalado las denominadas leyes penales en blanco propias, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella (SCT Roles N° 1011 y 8354). La ley debe por lo menos contemplar la descripción medular de la conducta penal, sin entrar en su pormenorización, pero tampoco dejándolo tan vago que el intérprete no sepa a qué se aplica o si no se aplica (STC Rol N° 1973). Lo relevante es que las personas sepan los hechos por los que pueden ser sancionados. (STC Rol N° 24)¹³.

4. NUEVO TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL

El día 20 de junio de 2020 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 21.240 que modifica el Código Penal y la Ley 20.393 (que establece responsabilidad penal en las personas jurídicas) para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia.

Dentro de las modificaciones introducidas al Código Penal, se contempla la incorporación del artículo 318 bis, que tipifica un nuevo delito. Esta norma dispone: “El que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.

Como adelantáramos, la pregunta que debe formularse es si este nuevo artículo 318 bis del Código Penal cumple o no con la exigencia de definir el núcleo central o fundamental de la conducta punible. Y si los aspectos que regula la norma de rango infralegal son o no de pormenorización para la conducta prohibida, sin que haya aspectos que puedan ser considerados excesivamente abiertos, ambiguos o vagos, a efectos de satisfacer las exigencias del artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política.

4.1. Determinación de la conducta típica

De acuerdo con la teoría de la concreción, que ha sido desarrollada por los tribunales alemanes, “la ley penal en blanco determina plenamente la conducta prohibida, quedando en manos de las leyes de menor rango solamente la función de concretar los criterios de decisión ya establecidos en la ley penal” (GARCÍA, 2012, pp. 151 y 152). Por ello,

13. Para una revisión de sentencias del Tribunal Constitucional en torno a las discusiones de ley penal en blanco a propósito del delito de contrabando, GONZÁLEZ y RÍOS, 2018, p. 257 y ss., RÍOS, 2016, p. 264 y ss.

las leyes penales en blanco propias se presentarán conformes con el mandato de determinación legal, en la medida que la remisión se circunscriba únicamente bajo este criterio de decisión (GARCÍA, 2007, p. 148)¹⁴.

Yendo directamente al tenor del nuevo artículo 318 bis del Código Penal, se sanciona a quien “genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria”. Con ello se puede constatar que no existe una determinación de la conducta, lo cual queda entregado a una norma de rango infralegal de orden sanitario. En la redacción de este artículo no existe siquiera una determinación del núcleo de la conducta, tal como ha sido exigido tanto a nivel doctrinario, como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En esa línea, “generar un riesgo de propagación de agentes patológicos”, no vienen a ser más que la consecuencia que una determinada conducta pudiera generar en el contexto de un delito de peligro concreto, como lo es el delito en comento, y, como hemos dicho, esa conducta sería establecida en las resoluciones exentas dictadas por la autoridad sanitaria.

Incluso, si se sostuviera que el artículo 318 bis sí contiene una descripción de la conducta infractora, debe arribarse a la misma conclusión, por cuanto dicha descripción estaría establecida en términos absolutamente genéricos y vagos, no conteniendo el núcleo de la materia de prohibición, vulnerando con ello el principio de legalidad de la ley penal.

Interesante resulta destacar en este punto, la intervención que el Senador Sr. Araya efectuó en la discusión parlamentaria, dicho senador hizo notar que, “resulta atendible traer a colación las posturas esgrimidas en este ámbito por el Tribunal Constitucional, que ha tolerado que existan disposiciones penales en blanco en la medida de que se cumplan ciertos requisitos y que, a su juicio, se evidencian en el artículo 318 del Código Penal, a saber, que la norma legal cuente en el núcleo central con una conducta punible, que en el texto legal se haga una expresa remisión a la norma de destino y que el precepto complementario sea conocido y satisfaga las exigencias de constitucionalidad. En consecuencia, dado que las disposiciones de la autoridad sanitaria han sido debidamente publicitadas y describen totalmente las conductas que deben respetar los ciudadanos, no correspondería formular observaciones de constitucionalidad sobre el precepto del Código Penal”. Lo relevante de esta intervención del Senador Sr. Araya está en la afirmación de que las disposiciones de la autoridad sanitaria “describen totalmente las conductas que deben respetar los ciudadanos”, lo que viene a abonar lo que hemos colegido en torno a la ausencia de una descripción de la conducta típica en la ley penal en blanco.

14. García destaca que esta teoría de los tribunales alemanes se puede confrontar con la postura asumida por el Tribunal Constitucional Español, la cual “admite la conformidad de las leyes penales en blanco con el mandato de determinación si la ley penal establece el núcleo esencial de la conducta prohibida y deja a las leyes complementarias de rango inferior los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica. Esto significaría que existe una afectación al mandato de determinación, pero que por tratarse de cuestiones incidentales se consideraría todavía tolerada”. GARCÍA, 2012, p. 150.

“El problema es entonces sólo de límites, es decir, cuando esta técnica puede llegar al abuso, a constituir una arbitrariedad por parte del Estado en contra del ciudadano y con ello entonces oponerse a o contravenir lo dispuesto en la Constitución (el principio de legalidad en último término protege contra la arbitrariedad). Se trata pues de balancear la necesidad de eficacia de ciertas leyes en razón de su materia, que por ello exigiría necesariamente ley penal en blanco, y la prohibición de arbitrariedad. La única posibilidad de compatibilizar ambos puntos de vista y fijar un límite reside en reafirmar que la ley (en blanco) ha de mantener la autonomía de la materia prohibida que describe, esto es, que ella no puede convertirse sólo en complementaria de lo que establezca al respecto un reglamento (o en su caso, de una ley, no orgánica o bien una ley autonómica), En otras palabras, el núcleo esencial de la materia prohibida (concreción del desvalor de acto de la norma) debe quedar fijado por la ley; el reglamento (o en su caso ley, no orgánica o autonómica) sólo tendría por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca entrar en definir lo prohibido mismo” (BUSTOS, 1994, p. 160)¹⁵.

4.2. Norma complementaria: “orden de la autoridad sanitaria”

Hemos visto como la redacción del nuevo artículo 318 bis del Código Penal, no permite siquiera satisfacer el núcleo de la conducta típica, haciendo un reenvío a una “orden de la autoridad sanitaria” como norma complementaria, a efectos de poder desentrañar cuál o cuáles conductas conformarían este tipo penal.

En primer término, en lo que respecta a qué debemos entender por autoridad sanitaria, el Código Sanitario en su artículo 5° dispone que “cada vez que el presente código, la ley o el reglamento aluda a la autoridad sanitaria, deberá entenderse por ella al Ministro de Salud [...]; a los Secretarios Regionales Ministeriales de Salud, [...]; y al Director del Instituto de Salud Pública [...]”.

Luego, a nivel de la historia fidedigna del establecimiento de esta ley (Boletines N° 13.304-11 y 13.389-07, refundidos), en la discusión parlamentaria se constata que en la Comisión de Constitución, el Senador Sr. De Urresti, pidió la opinión de los representantes del Ejecutivo para aclarar si con la referencia a normas higiénicas se aludía a los preceptos correspondientes del Código Sanitario. La respuesta que se entregó por el representante del Ejecutivo indicó que ello está referido a las normas sanitarias que ha dispuesto el Ministerio de Salud en los correspondientes decretos publicados en el Diario Oficial y que han sido dictados en virtud de lo que estatuye el Código Sanitario y el estado

15. “Un problema [...] es el de determinar si en todo evento la ley penal en blanco cumple con las exigencias del principio de legalidad; esto es, si la norma penal contiene una suficiente predefinición normativa de las conductas típicas, y ha fijado los límites de la norma integradora de rango inferior. OSSANDÓN, 2009, p. 208.

de excepción constitucional en vigor, esto es, las resoluciones exentas que la Subsecretaría de Salud ha dictado al efecto.

Luego, en el Oficio N° 044-368 del Presidente de la República, de 22 de abril de 2020, por la cual formuló una indicación sustitutiva al proyecto, se destaca que “la autoridad sanitaria ha dispuesto una serie de medidas sanitarias por el brote de COVID-19. Entre ellas, cabe mencionar el cumplimiento de una cuarentena por 14 días a las personas diagnosticadas con COVID-19 [...], según lo dispuesto en la resolución exenta N° 188, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud. Igualmente, por resolución exenta N° 203, de 24 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud, se dispuso que las personas que hayan estado en contacto estrecho con una persona diagnosticada con COVID-19 deberán cumplir con medidas de aislamiento por 14 días [...]”. Junto con lo anterior, si se repara en el tenor de la mayoría de las resoluciones exentas que la autoridad sanitaria ha dictado al efecto, podemos apreciar que dentro de las medidas decretadas se encuentra además la prohibición a los habitantes de la República de salir a la vía pública, como medida de aislamiento, entre las 22:00 y 05:00 horas. Dichas resoluciones establecen que este tipo de medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones (v.gr. Resoluciones Exentas de la Subsecretaría de Salud que disponen una serie de medidas sanitarias por brote de COVID-19, N° 202, de 22 de marzo de 2020, N° 210, de 26 de marzo de 2020, y N° 341, de 12 de mayo de 2020)¹⁶.

En cuanto a la concreción de estas medidas, podemos citar a modo ejemplar, la Resolución Exenta N° 1233, del Jefe de la Defensa Nacional de la Región Metropolitana, de 19 de junio de 2020, que dispone entre otras medidas:

- La prórroga de la medida de aislamiento o cuarentena en determinadas localidades de la región;
- El traslado a lugares especialmente habilitados para el cumplimiento de medidas de aislamiento a personas que hayan infringido las medidas de cuarentena y personas que no puedan cumplir con las medidas de cuarentena, que les hayan sido impuestas. Respecto de las primeras, quedarán sujetas a las sanciones contempladas en el Código Sanitario, así como de las establecidas en el Código Penal.

16. En este sentido, la Resolución Exenta N° 341, indica: “13. Que, con fecha 18 de marzo de 2020, Su Excelencia el Presidente de la República, declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, en virtud del decreto supremo N° 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Así, el artículo 4° de dicho decreto dispone que, para el ejercicio de las facultades que ahí se entregan, “los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del Covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud”. 14. Que, a la fecha se han dictado diversas resoluciones exentas del Ministerio de Salud, que disponen medidas sanitarias que indican por brote de Covid-19”.

- Las resoluciones que disponen medidas sanitarias que indican por brote de Covid-19, todas de 2020 del Ministerio de Salud -en particular aquellas dispuestas en la resolución exenta N° 341¹⁷- y en las modificaciones posteriores que se hagan a estas seguirán vigentes en lo que no fueran contrarias a esta resolución.
- El incumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad en virtud de esta resolución y las resoluciones señaladas en el punto anterior serán fiscalizadas y sancionadas según lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, así como lo dispuesto en el Código Penal, cuando corresponda.

Como podemos ver, el complemento de la ley penal en blanco propia (artículo 318 bis del Código Penal) ha sido concretado por resoluciones exentas dictadas en este periodo de pandemia por la autoridad sanitaria (Subsecretaría de Salud). Descartando con ello cualquier pretensión en orden a dotar de carácter complementario al Código Sanitario¹⁸ y a las disposiciones allí contenidas, tanto para el artículo 318, así como para el nuevo artículo 318 bis, del Código Penal, en el contexto de pandemia en el cual nos encontramos, lo cual también se ve ratificado por el mérito de la discusión parlamentaria que se produjo en torno a estos aspectos¹⁹.

17. La Resolución Exenta N° 341, dispone el aislamiento o cuarentena de personas determinadas. Al efecto, establece: “7. Dispóngase que las personas diagnosticadas con Covid-19 a través de un test PCR deben cumplir una cuarentena de acuerdo a los siguientes criterios: a. Si el paciente presenta síntomas, la cuarentena será por 14 días desde el inicio de los síntomas. b. Si el paciente no presenta síntomas, la cuarentena será por 14 desde el diagnóstico por test PCR. Sin perjuicio de lo anterior, el tiempo de cuarentena puede extenderse si el paciente no se ha recuperado totalmente de la enfermedad. Asimismo, las personas que ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 8. Dispóngase que las personas que se hayan realizado el test PCR para determinar la presencia de la enfermedad señalada deben cumplir una cuarentena hasta que les sea notificado el resultado. Asimismo, las personas que ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 9. Dispóngase que las personas que hayan estado en contacto estrecho con una persona diagnosticada con Covid-19 deben cumplir con medidas de aislamiento por 14 días. Asimismo, las personas que ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 10. Dispóngase que las personas que ingresen al país, sin importar el país de origen, deben cumplir con medidas de aislamiento por 14 días. Asimismo, las personas que ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 11. Dispóngase el traslado a lugares especialmente habilitados para el cumplimiento de medidas de aislamiento a: a. Personas que hayan infringido las medidas de cuarentena que les hayan sido dispuestas. b. Personas que no puedan cumplir con las medidas de cuarentena que les hayan sido dispuestas. Aquellas personas que se encuentran en el literal a) de este numeral quedarán sujetas, además, a las sanciones dispuestas en el Libro X del Código Sanitario y en el Código Penal cuando corresponda”.
18. DFL N° 725, de 31 de enero de 1968.
19. Al efecto podemos citar el contenido de los arts. 22, 26 y 27 del Código Sanitario, en orden a demostrar que la descripción de las medidas allí contenidas no resulta suficiente para complementar los tipos penales de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal, en hipótesis de pandemia. Así, el art. 22 dispone: “Será responsabilidad de la autoridad sanitaria el aislamiento de toda

En segundo término, se constata que no existe en la ley penal en blanco una remisión expresa a cuál será la norma de destino de la remisión, tal como hemos destacado a nivel de requisitos en términos doctrinarios y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto en particular, exigencia que por lo demás es plenamente aplicable cuando la remisión se efectúa a una norma de rango infralegal, como sería el caso de las resoluciones exentas de la Subsecretaría de Salud. El artículo 318 bis, recordemos, alude a una “infracción de una orden de la autoridad sanitaria”, con lo que se está en presencia de una remisión genérica, que tampoco determina cuál de las autoridades indicadas en el artículo 5° del Código Sanitario será la encargada de complementar mediante la dictación de resoluciones administrativas el tipo penal en cuestión (Ministro de Salud, Secretarios Regionales Ministeriales de Salud o Director del Instituto de Salud Pública).

En tercer lugar, lo que venimos destacando, infringe además aquel requisito de legitimidad de las leyes penales en blanco que determina que el órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional, y por otra parte viene a configurar un segundo reenvío, esta vez efectuado por la norma complementaria (infralegal), a autoridades con competencia regional, afectando con ello la certeza jurídica e infringiendo el principio *nullum crimen sine lege stricta*.

Hemos destacado, como las diversas resoluciones exentas dictadas por la Subsecretaría de Salud hacen expresa remisión a que serán los Jefes de la Defensa Nacional en las distintas regiones, los responsables de la ejecución de las medidas que establecen tales resoluciones. En lo que dice relación con este último aspecto (segundo reenvío), el Tribunal Constitucional español, ha sostenido, siendo pertinente su cita por lo que venimos discutiendo, que es compatible con la Constitución “la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (BACIGALUPO, 1999, p. 158). En nuestro caso, existe este segundo reenvío por cuanto la norma complementaria (resoluciones exentas) no precisan suficientemente la(s) conducta(s) que debe(n) ser calificada(s) como delictiva(s).

persona que padezca una enfermedad de declaración obligatoria, la cual de preferencia y especialmente en caso de amenaza de epidemia o insuficiencia del aislamiento en domicilio, deberá ser internada en un establecimiento hospitalario u otro local especial para este fin”. A su turno, el art. 26 establece que: “Toda persona que hubiere estado en contacto con paciente de enfermedad transmisible, podrá ser sometida por la autoridad sanitaria a observación, aislamiento y demás medidas preventivas que fueren necesarias para evitar la propagación de la enfermedad”. Por último, el art. 27 determina que: “El Servicio Nacional de Salud determinará el período mínimo de aislamiento a que deben someterse los enfermos contagiosos, así como las restricciones a que se sujetarán las personas que sean portadoras de agentes patógenos o las que pudieren encontrarse en el período de incubación de enfermedades transmisibles”.

5. CONCLUSIONES

A nivel doctrinario existe un importante consenso en torno a reconocer valor en nuestro ordenamiento jurídico a las leyes penales en blanco propias, en la medida que cumplan con determinados requisitos: a) la ley penal en blanco debe describir el núcleo de la conducta punible, abandonando a la disposición complementaria infralegal sólo la precisión de las circunstancias bajo las cuales esa conducta será castigada; b) Las normas complementarias deben recibir una publicidad semejante a la de la ley penal en blanco (publicadas en el Diario Oficial); 3) El órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional, 4) La norma complementaria debe precisar, tanto como le sea posible, los contornos de lo que está prohibido, describiéndolo, conjuntamente con la ley penal en blanco, de manera pormenorizada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de leyes penales en blanco propias, ha ido consolidando una postura que va de la mano de los parámetros doctrinarios antes referidos, con lo cual les ha reconocido validez teniendo en cuenta las exigencias del artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política de la República.

El tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal, no contiene una descripción de la conducta punible. Tal como señalaba Etcheberry (1997, p. 84) a propósito del artículo 318 del Código Penal²⁰: “la conducta figura de un modo puramente formalista y sin contenido específico alguno. Queda por entero en manos de la autoridad sanitaria la determinación de las conductas que constituirán delito”, conclusión que es perfectamente extrapolable a esta nueva figura delictiva.

Luego, la remisión que efectúa el legislador implica derechamente una “transferencia de facultades legislativas en materia penal a la Administración” (GARCÍA, 2012, p. 153), entregando a normas de rango administrativo la definición del criterio de decisión de las conductas que conformarán el tipo penal.

En lo referido a la remisión que se hace en el artículo 318 bis del Código Penal a la autoridad sanitaria, de acuerdo a la historia del establecimiento de la ley, así como del tenor de la normativa contenida en el Código Sanitario, se constata que la concreción de tal mandato se ha efectuado por la Subsecretaría de Salud, mediante la dictación de resoluciones exentas en el contexto de pandemia por Covid-19, existiendo en este nivel, un segundo reenvío a los Jefes Nacionales de la Defensa Nacional, con competencias regionales.

Como consecuencia de lo anterior, concluimos que el tenor de este nuevo tipo penal, infringe el mandato de determinación, y vulnera “la garantía de objetividad procurada

20. El artículo 318 del Código Penal dispone: “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”.

por el principio de legalidad” (GARCÍA, 2012, p. 153), y en consecuencia, no satisface los criterios y parámetros que nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional han venido desarrollando a propósito de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias.

6. REFERENCIAS

- Abel, Miguel (2005), Las leyes penales en blanco, Revista Nuevo Foro Penal, N° 68, julio-diciembre, Colombia, pp. 13-30.
- Bacigalupo, Enrique (1999), Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- Bustos, Juan (1994), Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ª edición, PPU, Barcelona.
- Cury, Enrique (1998), La ley penal en blanco, Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Cury, Enrique (2009), Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, novena edición, Santiago.
- Etcheberry, Alfredo (1997), Derecho Penal. Parte general, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- García, Percy (2007), Derecho Penal Económico, Parte General, Tomo I, Grijley, Lima.
- García, Percy (2012), Derecho Penal, Parte General, Jurista Editores, Segunda Edición, Lima.
- García, Gonzalo y Contreras, Pablo (2014), Diccionario constitucional chileno, Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 55, Santiago.
- González, Rodrigo y Ríos, Rodrigo (2018), Manual de Derecho Aduanero, Segunda edición, Thomson Reuters, Santiago.
- Mir Puig, Santiago (2007), Derecho Penal. Parte General, 7ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona.
- Ossandón, Magdalena (2009), La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia (2006) Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, Santiago.
- Ríos, Rodrigo (2016), Delito de contrabando. Principales aspectos y revisión de casos, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago.
- Rodríguez, Luis (1984), “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, Valparaíso.
- Rodríguez, Luis y Ossandón, María Magdalena (2010), “Delitos Aduaneros”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Tiedemann, Klaus (2009), Derecho Penal Económico. Introducción y parte general, Grijley, Lima.

Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (1994), Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago.

Zaffaroni, Eugenio, Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro (2006), Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2ª edición, Buenos Aires.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Coronavírus (Covid-19) e o direito: fato, valor e norma, de Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson e Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson – RT-1017/207-241 (DTR\2020\7407).

O RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

THE FINANCIAL INTELLIGENCE REPORT AS A MEANS OF OBTAINING EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ADEMAR BORGES

Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0037608878546602].
sousafilhoademar@gmail.com

Recebido em: 07.06.2020

Aprovado em: 22.11.2020

Última versão do autor: 04.12.2020

ÁREAS DO DIREITO: Digital; Financeiro e Econômico; Penal

RESUMO: O artigo desenvolve a premissa teórica de *separação organizacional, funcional e informativa* entre as atividades de inteligência financeira e investigação criminal; analisa como a jurisprudência do STF trata as interações entre o COAF e os órgãos de persecução penal e conclui que é condição para a utilização do relatório de inteligência financeira no processo penal a documentação integral de todas as etapas da atividade de inteligência financeira.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da autodeterminação informativa no processo penal – Separação organizacional, funcional e informativa entre atividades de inteligência financeira e investigação criminal – Cadeia de custódia do relatório de inteligência financeira.

ABSTRACT: The article develops the theoretical premise of organizational, functional and informational separation between financial intelligence and criminal investigation activities; analyzes how the Supreme Court's jurisprudence deals with the interactions between the Financial Activities Control Council (COAF) and criminal prosecution bodies; and concludes that the use of the financial intelligence report in criminal proceedings is conditioned upon the full documentation of all the stages of the financial intelligence activity.

KEYWORDS: Principle of informative self-determination in criminal proceedings – Organizational, functional and informational separation between financial intelligence activities and criminal investigation – Chain of custody of the financial intelligence report.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O imperativo de separação organizacional, funcional e informativa entre inteligência financeira e de investigação criminal. 3. A interação do COAF com órgãos de persecução criminal na jurisprudência: o julgamento do RE 1.055.941/SP, com repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. A exigência de formalização das interações entre o COAF e o Ministério Público como condição de utilizabilidade do RIF no processo penal. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou em dezembro de 2019 a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.055.941, por meio do qual se afirmou a validade do compartilhamento com o Ministério Público e com as autoridades policiais dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF) sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. Como síntese do julgamento, o STF afirmou, em primeiro lugar, a tese de que:

“[é] constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal, para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.”

Em segundo lugar, o tribunal afirmou a tese segundo a qual:

“[o] compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.”

A cautela procedimental afirmada na segunda parte da tese fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – que recupera a importância da noção de cadeia de custódia das provas digitais – consubstancia condição para a garantia do imperativo de separação organizacional e informacional entre o órgão de inteligência e os órgãos incumbidos da investigação criminal. Sob essa perspectiva, convém explorar de forma mais aprofundada a exigência de formalização das interações entre o COAF e os órgãos de persecução criminal. Se é verdade que todos os meios de obtenção de prova acionados pela acusação devem contar com integral registro e documentação no procedimento investigatório, essa mesma preocupação revela-se ainda mais quando está em jogo o controle procedimental das interações entre o COAF e os órgãos de persecução. Além de apresentar uma

síntese da *ratio decidendi* do precedente firmado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941, o presente artigo procura formular as bases teóricas necessárias para a interpretação desse *leading case* e propor critérios para controlar a validade procedimental das interações entre o COAF, de um lado, e o Ministério Público e polícias judiciárias, de outro.

2. O IMPERATIVO DE SEPARAÇÃO ORGANIZACIONAL, FUNCIONAL E INFORMATIVA ENTRE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA E DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O problema da separação entre atividades de inteligência e de persecução criminal tem ganhado centralidade nas últimas décadas, especialmente nas democracias liberais mais consolidadas¹. A pretensão de estabelecer limites claros e tendencialmente intransponíveis entre essas duas atividades estatais tem como pano de fundo as ideias de proteção do direito fundamental à proteção de dados, de um lado, e de submissão integral dessas sensíveis funções estatais – cujo desempenho resulta em múltiplas restrições de direitos fundamentais – ao princípio da legalidade, de outro. As trocas de dados pessoais entre órgãos de inteligência e de repressão criminal estão submetidas, portanto, a um regime de *rígida excepcionalidade* e de *estrita legalidade*.

Como os órgãos de inteligência têm acesso privilegiado a um amplo conjunto de dados pessoais dos cidadãos, caso viessem a desempenhar um papel de auxílio aos órgãos de repressão criminal, poderiam facilmente violar os limites constitucionais impostos à atividade persecutória do Estado decorrentes da proteção da vida privada e do devido processo legal, sem que isso pudesse se sujeitar ao controle do Poder Judiciário². Por isso, o direito comparado tem submetido a atividade de inteligência a dois importantes constrangimentos jurídicos: esse conjunto de atividades deve ser inteiramente regulado por lei³ e não pode se confundir com a competência para promover investigações criminais⁴.

1. Cf., sobre o tema, UGARTE, Jose Manuel. *Legislación de inteligencia: especialización y control, legitimidad y eficacia*. Guatemala: Editorial Serviprensa, 2000.
2. Cf. PESSOA, Adriano Monte. A atividade de inteligência da Receita Federal no Combate aos Crimes contra a Ordem Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 198, p. 7-12, 2012.
3. A primeira limitação relevante às atividades de inteligência diz respeito à sua integral submissão ao princípio da *legalidade*. Como mostram as boas práticas das Nações Unidas: “os mandatos dos serviços de inteligência devem ser definidos com rigor e precisão em uma lei à qual o público tenha acesso” (Prática 2); “Os poderes e competências dos serviços de inteligência devem ser clara e exhaustivamente definidos na legislação nacional. Estes serviços são obrigados a exercer os seus poderes para o fim exclusivo para o qual foram conferidos” (Prática 3). Em relação a esta última prática, afirmou-se que um princípio fundamental do estado de direito é que “*todos os poderes e competências dos serviços de inteligência deve ser definida na legislação*”.
4. Cf., por todos, COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-913/10*. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, 16 de nov. 2010.

De fato, uma lista exaustiva das faculdades e das competências dos serviços de inteligência favorece a transparência e permite aos indivíduos prever quais dessas faculdades podem ser usadas contra eles. Isto é especialmente importante porque muitos dos poderes conferidos aos serviços de inteligência têm o potencial de restringir intensamente liberdades fundamentais⁵. Em linha com o direito comparado⁶, as atividades de inteligência no Brasil estão ligadas exclusivamente a temas de grande relevância nacional, como a proteção da segurança nacional⁷ e a prevenção contra crimes particularmente graves⁸. Igualmente, as atividades de inteligência no Brasil estão organizadas por lei em sentido formal, que estabelece os órgãos estatais responsáveis pela execução de atividades de inteligência do País⁹.

Além da submissão à regra da legalidade, o direito comparado registra crescente preocupação em manter rígida separação entre os campos da inteligência – inclusive a inteligência financeira¹⁰ – e da repressão criminal. A propósito, a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana tem enfatizado a necessidade de garantir que os órgãos responsáveis pela inteligência nacional não sejam incumbidos da realização de investigação criminal¹¹. Essa diferença entre as atividades de inteligência e de investigação criminal tem sido demarcada pela jurisprudência da Corte Constitucional colombiana nos seguintes termos:

5. Cf. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Malone v. The United Kingdom*, p. 67. Estrasburgo, 2 ago. 1984.
6. Cf. resenha do direito comparado sobre o tema elaborada em COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1194/05*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra Bogotá, 22 nov. 2005. Ver, ainda, ARGENTINA. Lei 25.520, de 27 de novembro de 2001, Art. 2º; CHILE. Lei 19.974, de 27 de setembro de 2004, Art. 2º; e REINO UNIDO. *Security Service Act 1989, SSA, Intelligence Services Act, ISA, 1994, Seção 1*.
7. BRASIL. Lei 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19883.htm]. Acesso em: 17.05.2020.
8. BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm]. Acesso em: 17.05.2020.
9. Cf., com uma resenha legislativa sobre o tema, PESSOA. Adriano Monte. A atividade de inteligência da Receita Federal no Combate aos Crimes contra a Ordem Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 198, p. 7-12, 2012.
10. Cf., nesse sentido, COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-540/12*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, 12 jul. 2012.
11. A Corte colombiana considera relevante diferenciar entre atividades de inteligência e investigação criminal: a atividade investigação criminal se caracteriza pela “sucessão de atos que são implantados a fim de coletar os elementos de condenação necessários para que, no julgamento, o juiz de conhecimento submeta à avaliação a evidência e determine, em sua neutralidade, o grau de responsabilidade do acusado” (COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1.194/05*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 22 nov. 2005).

“[...] as atividades de inteligência e contra-inteligência são cruciais para o efetivo cumprimento dos propósitos do Estado de direito, para resolver a situação de segurança de frente para o país e garantir a proteção dos direitos dos cidadãos, como reconheceu o relator especial da ONU para a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo (Prática 1 resolução A/HRC/14/16, Conselho de direitos humanos, da Assembleia Geral das Nações Unidas 17 de maio de 2010). Ao contrário das atividades de inteligência de investigação criminal, uma vez que o propósito da inteligência é para evitar ameaças como o terrorismo e o crime organizado, e proteger os interesses vitais para a nação como integridade territorial e recursos naturais, enquanto a investigação criminal dedica-se ao esclarecimento de atos criminosos. Ele indica que o resultado do ciclo de inteligência é um produto cujo objetivo final é para alimentar o processo de tomada de decisão por parte do governo, enquanto para a investigação criminal, o objetivo final é a avaliação da evidência por um juiz que determina ou não a configuração de um crime. Outro explica que enquanto a coleta de dados é feita sob a liderança de superior dentro da agência de inteligência e no âmbito de uma ordem devidamente autorizado de operações ou trabalho missionário na investigação criminal é realizada sob a liderança de um procurador e no âmbito de investigações criminais específicas. Nesse sentido, ele entende que a investigação criminal busca os mesmos padrões de certeza para provar e está sujeita ao princípio da publicidade; a inteligência não alcança os mesmos padrões de certeza, porque seu objetivo é prevenir e, portanto, se submete ao princípio da reserva. Dessa forma, as informações de inteligência não podem ser usadas para propósitos probatórios, nem estão sujeitas aos rigores do devido processo para sua coleta, mas àquelas do ciclo de inteligência.”¹² (sic)

Cabe advertir, desde já, que a imposição desse regime de *rígida excepcionalidade* e de *estrita legalidade* da interação – por meio da transmissão de dados pessoais – entre órgãos de inteligência e de repressão criminal não constitui expressão de qualquer meta coletiva de eficiência da persecução criminal, mas decorre, isso sim, da necessidade de conferir adequada proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos¹³. Em particular, essa meta de manutenção de *rígida autonomia* entre as *atividades de inteligência* e de *persecução criminal* constitui garantia institucional do *direito à autodeterminação informativa*¹⁴. É

12. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-540/12*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, 12 jul. 2012.

13. Cf., para uma visão geral sobre o tema, CONTI, Carlotta; TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. Milão: Giuffrè, 2012.

14. Foi o que reconheceu o STF em recente decisão plenária por meio da qual se afirmou que todos os pedidos de informação à agência de inteligência devem ser motivados e passíveis de controle judicial. Trecho do voto da Ministra Rosa Weber bem resume a ideia de rígida separação entre inteligência e investigação criminal: “Pontuo que em absoluto se está aqui a negar ou aviltar o caráter essencial da *atividade de inteligência* – atividade de Estado típica – para assegurar, no mundo contemporâneo, a segurança do país e da ordem constitucional face a ameaças. Atividade essa que, alias, como bem enfatizou o eminente Ministro Alexandre de Moraes, neste Plenário,

que umas das exigências que a autodeterminação informacional impõe à atuação do Estado – como se verá mais detalhadamente – é a *vinculação finalística* do tratamento dos dados pessoais. E essa ideia de vinculação estrita a um fim assume papel de fundamental importância em um sistema que, como o brasileiro – a exemplo do alemão –, separa de forma bastante estrita a atividade de inteligência e a atividade de repressão criminal:

“[D]ados obtidos para fins de inteligência, de prevenção de perigos ou de persecução penal, respectivamente, não podem, sem mais, ter essa finalidade alterada: os dados de inteligência não podem ser usados pela polícia preventiva, os da polícia preventiva não podem ser usados repressivamente, e vice-versa, sem expressa previsão legal.”¹⁵

Com efeito, o direito à *autodeterminação informativa* – também conhecido como direito à *proteção de dados pessoais* – foi proclamado em importante decisão do Tribunal Constitucional alemão em 1983, no conhecido caso sobre a Lei do Censo,¹⁶ ocasião que se afirmou que “as pessoas devem ser protegidas da busca ilimitada, armazenamento, uso e transmissão de dados pessoais, como condição para o livre desenvolvimento da personalidade, considerando as condições modernas de processamento de dados”¹⁷. Essa foi uma resposta da jurisprudência constitucional alemã aos riscos e às potenciais consequências nocivas para o exercício de outros direitos fundamentais (e.g., liberdade, intimidade¹⁸ e devido processo legal) gerados pela perigosa associação entre progressiva informatização das funções estatais e o manejo indiscriminados dos dados pessoais¹⁹. No

não se confunde com atividade de investigação.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC na ADI 6.529, TP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13.08.2020).

15. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 45.
16. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. 65 BVerfGE, 1 (1983).
17. O Tribunal afirmou, na ocasião, que “[O] livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições de processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenamento uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais”. (MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 238.)
18. Como já afirmou a Corte Constitucional colombiana, dados pessoais “*seriam seus sinais particulares, relações de propriedade e família, aspectos de sua personalidade e sinais de identidade de vários tipos que estão surgindo nas atividades da vida. Todos esses dados combinados em um modelo são equivalentes a uma ‘impressão digital’ porque o indivíduo é identificável através deles*”. (COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-414/92*. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron. Bogotá, 16 de jun. 1992.)
19. A literatura já assinala, com acerto, que o risco não reside exclusivamente na utilização dos dados pessoais, mas também pela possibilidade de obtenção de novos dados a partir do tratamento dessas informações. Cf., sobre esse aspecto, CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *La construcción del derecho a la autodeterminación informativa*. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 104,

Brasil, o direito ao controle de dados pessoais, que já era extraído diretamente da Constituição, veio a ser reconhecido em leis específicas (e.g., o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação e a Lei do *Habeas Data*)²⁰.

Como se sabe, o manejo de dados pessoais é cada vez mais relevante para o desempenho das funções estatais nas mais diversas áreas (e.g., políticas econômicas, sociais, migratórias e criminais). Tais atividades dificilmente poderiam ser desempenhadas adequadamente sem a possibilidade de obter, ordenar, utilizar e difundir dados pessoais²¹. Os órgãos responsáveis por essas bases de dados – em geral, tratadas por avançadas plataformas tecnológicas – acabam por ostentar aquilo que a jurisprudência estrangeira denominou de “um poder de fato, denominado poder informático”, ou seja, uma espécie de *domínio social sobre o indivíduo*, que consiste na “possibilidade de acumular informações em quantidade ilimitada, confrontar, agregar, memorizar, objetivar e transmitir tais informações”²². Nesse contexto, o *direito à autodeterminação informativa* tem a função primordial de “equilibrar o poder entre o sujeito envolvido pelos dados e aquele que tem a capacidade de coletar, armazenar, usar e transmiti-los”²³.

Para cumprir essa tarefa, o *direito à autodeterminação informativa*²⁴ apresentou, desde o seu primeiro reconhecimento pela jurisprudência alemã, duas dimensões: *de um lado*, confere ao titular dos dados o poder de conhecer o conteúdo e o modo de difusão deles; e *de outro*, instaura um conjunto de diretrizes a partir das quais os responsáveis pelas bases de dados devem reordenar todo o processo de obtenção, uso e transmissão de dados pessoais²⁵. Nesta segunda dimensão, ganhou enorme importância na jurisprudência alemã

p. 38, 1999. Tal preocupação ganha maior relevância no campo penal, em que a obtenção de um conjunto de dados de forma contrária ao esquema de separação informacional pode produzir riscos de subversão da reserva de jurisdição e a institucionalização de investigações tipicamente prospectivas.

20. V., nesse sentido, MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 201, 2019.
21. Cf., sobre o tema, LOSANO, Mario Giuseppe. *Informatica per le scienze sociali*. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1985. p. 315-316.
22. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-307 de 1999*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 5 maio 1999.
23. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-307 de 1999*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 5 maio 1999.
24. Esse direito tem sido reconhecido como portador da nota da fundamentalidade material desde a década de 80 do século passado. Cf., a respeito desse desenvolvimento, MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational Development of Data Protection in Europe*. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc (Eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: The MIT Press, 2001. p. 227 e ss.
25. Cf. sobre o tema, um resumo dos precedentes do Tribunal Constitucional alemão em KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 411-418. No mesmo sentido, cf. MENDES, Laura

a ideia de que o manejo dos dados pelo poder público – em particular, dos dados pessoais – está submetido ao *princípio da vinculação finalística* ou da *vinculação a um fim*: “[a] própria decisão do censo insistiu na separação entre estatística e administração: os dados obtidos para fins estatísticos não podem ser utilizados, sem mais, para fins administrativos.”²⁶

Essa mesma ideia – de que o fornecimento de dados pessoais deve se dar em um contexto precisamente delimitado – foi recebida pela jurisprudência constitucional colombiana com a denominação de princípio da finalidade, segundo o qual “a referida informação deve se destinar a realizar os fins exclusivos para os quais foi entregue pelo titular, em relação com o objeto da base de dados e com o contexto em que estes são fornecidos”. No mesmo precedente, a Corte afirmou que “tanto a coleta, o processamento e a divulgação dos dados pessoais, deve obedecer a uma finalidade constitucionalmente legítima, definida de maneira clara, suficiente e prévia”, de tal forma que resulte proibido o “uso ou divulgação para uma finalidade diferente daquela inicialmente prevista”²⁷.

O reconhecimento do *princípio da vinculação finalística* dos dados está em linha com as diretrizes europeias de proteção de dados, especialmente com aquela do *propósito específico* do processamento de dados pessoais²⁸. O Convênio 108, de 1981, já afirmava que os dados devem “ser registrados para finalidades específicas e lícitas, razão pela qual não poderão ser utilizados com finalidades distintas” (art. 5º). Mais tarde, a Resolução 45/95 da ONU sedimentou esse parâmetro ao afirmar o *princípio da finalidade*, segundo o qual “a finalidade para a qual é utilizada a informação contida nos arquivos computadorizados deve ser específica e clara”. Igualmente, estabeleceu o dever de comunicação a utilização dos dados ao seu titular, para que ele possa se assegurar de que “*todos os dados pessoais reunidos e registrados seguem sendo pertinentes à finalidade perseguida*”. Por fim, a conhecida Diretiva 96/46 da Comunidade Europeia estabelece que os dados pessoais sejam “recolhidos com fins determinados, explícitos e legítimos, e não sejam tratados posteriormente de maneira incompatível com ditos fins”²⁹.

Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 205, 2019.

26. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 45.
27. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-729 de 2002*. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, 5 set. 2002.
28. O Sistema de Proteção Europeu contou, primeiro, com o Convênio 108, de 1981, que instou os membros da Comunidade Europeia a adotar em suas legislações internas princípios mínimos de proteção, em face do surgimento das grandes bases de informação que poderiam colocar em risco os direitos dos cidadãos.
29. Cf., sobre esse desenvolvimento normativo europeu, MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational Development of Data Protection in Europe*. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc (Eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: The MIT Press, 2001.

A essa altura, fica mais clara a íntima conexão entre a meta de manutenção de rígida *autonomia* entre as *atividades de inteligência* e de *persecução criminal* e o *direito à autodeterminação informativa*. Como se viu, o reconhecimento de um direito fundamental à *autodeterminação informativa* tem como uma das suas principais consequências a adoção de uma diretriz de *vinculação finalística* dos dados pessoais tratados pelo Estado. E esse parâmetro de vinculação estrita à finalidade tem na separação entre as atividades de inteligência e de repressão criminal um dos seus principais desdobramentos. É ver-se:

“A vinculação à finalidade, conjugada à separação entre inteligência, polícia e justiça, significa também que é inadmissível uma base de dados comum a todos os órgãos estatais. ‘Toda tentativa de enxergar a administração pública como uma unidade informacional é incompatível com uma proteção eficiente de dados.’ Se saber é poder, o Estado não pode saber tudo, porque um Estado que tem conhecimentos ilimitados tem também um poder ilimitado. O direito de proteção de dados, que começa como direito subjetivo, mostra-se, ao menos em boa parte, como garantia institucional, relativa à própria estrutura da sociedade e do Estado.”³⁰.

Na medida em que as atividades de inteligência e de repressão criminal possam compartilhar amplamente uma mesma base de dados, perde sentido qualquer pretensão de manter hígida a vinculação à finalidade, cuja centralidade para a preservação do direito à proteção de dados (*i.e.*, autonomia informacional) é reconhecida nos mais diversos quadrantes³¹. Portanto, não há dúvida de que a imposição de limites materiais e procedimentais à transmissão de dados entre Ministério Público e COAF é condição para a garantia do *imperativo de separação organizacional e informacional* entre o órgão de inteligência e os órgãos incumbidos da investigação criminal. Afinal, como demonstrou a rica experiência alemã nesse setor, *a separação entre serviços de inteligência e de polícia* – medida de desnazificação imposta pelos aliados em 1949 –, está baseada na ideia de que “*se saber é poder, a única maneira de controlar aqueles cujos olhos tudo veem é amarrando-lhe os braços*”, ou seja, *quem tudo sabe, não deve tudo poder; quem tudo pode, não deve saber*³². Desse modo, o *imperativo de separação informacional* – elevado no direito alemão à categoria de princípio estruturante e fundamental – é violado “*se o ministério público e a*

30. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 45.

31. Cf., a propósito das leis de países europeus sobre a matéria, MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational Development of Data Protection in Europe*. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc (Eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: The MIT Press, 2001.

32. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 54.

*polícia podem fazer uso dos meios de obtenção de informação à disposição dos serviços de inteligência, quem pode tudo acabará sabendo de tudo*³³.

Embora esse imperativo de *separação informacional* seja recomendado pelas Nações Unidas³⁴ e amplamente acolhido no direito comparado³⁵, é crescente no Brasil a incitação à atuação do COAF como órgão auxiliar do Ministério Público no âmbito de investigações criminais instauradas contra pessoas específicas³⁶, com o risco de que o órgão de acusação possa fazer uso de seu arsenal interventivo muito antes da existência dos tradicionais ensejos que autorizam essas intervenções. Nesse caso, confundem-se, de forma particularmente preocupante, as *investigações no campo prévio* – que, a cargo da atividade de inteligência, se movem no âmbito anterior à suspeita ou perigo, ou seja, não têm por objetivo um fato determinado, mas a observação de um setor considerado problemático – com as *investigações criminais* de fatos determinados iniciadas a partir de uma suspeita inicial claramente delimitada. A atividade do órgão de inteligência financeira deixa de ser *prévia* à atividade policial – abandonando a atuação no chamado estágio prévio não apenas a delitos (de lavagem de capitais) mas também a perigos (e.g., risco à segurança nacional) – para realizar típica atividade de *persecução criminal* própria das polícias e do Ministério Público contra um *suspeito* identificado no contexto de uma investigação já instaurada.

33. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 56.
34. Cf. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/HRC/14/16, de 17 de maio de 2010*.
35. Cf., a propósito, COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-540/12*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, 12 jul. 2012. Cf., ainda, REINO UNIDO. *Security Service Act 1989, SSA, Intelligence Services Act, ISA, 1994, Seção 1*.
36. Trecho importante de acórdão do TCU em auditoria especial operacional do COAF ainda em 2005, já apontava essa tendência à normalização da atividade de auxílio aos órgãos de persecução criminal – para além das atividades típicas de inteligência e eventual disseminação de ofício das operações suspeitas – em termos bastante genéricos: “O Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf tem como um dos seus principais objetivos o fornecimento de elementos a investigações promovidas por entidades como o Poder Judiciário, o Ministério Público, e a Polícia Federal, relativas a atividades de ordem financeira que repute suspeitas. [...] O Departamento de Polícia Federal – DPF opera em atividades relativas ao crime organizado e a inquéritos especiais com vistas ao combate a este. Para tanto, presta serviços especializados nos campos de inteligência e de análise documental. Conta em sua estrutura com um banco de dados denominado Sistema de Análise Financeira – SISANAF, que é confrontado com o banco de dados do Coaf, este continente de resultados de apurações de crimes financeiros que se prestam para subsidiar os inquéritos existentes.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União, TP, Processo 020.664/2003-2, Acórdão 1.213/2005, rel. Min. Augusto Sherman, j. 17.08.2005.)

Essa confusão entre as atividades de *inteligência* e de *persecução criminal* – cuja integração irrestrita tem sido pontualmente tolerada em decisões nacionais³⁷ – gera um amálgama perigoso: o acusador passa a ter a sua disposição todo o universo de informações (inclusive aquelas acobertadas por sigilo constitucional e legal) que somente a atividade de inteligência poderia acessar sem exigência de controle judicial prévio. Tal modo de proceder implica clara subversão da exigência de reserva de jurisdição para restrição de direitos fundamentais no âmbito da investigação criminal. Esse processo de progressiva *inteligencialização* da persecução criminal – especialmente quando praticado sem prévia autorização legal – contribui, portanto, para uma mistura tóxica entre *inteligência* e *persecução criminal* da qual resulta não apenas a quebra do regime de estrita legalidade do processo penal, como também potencial risco ao direito fundamental à autodeterminação informativa.

Tal como reconheceu o STF no recente julgamento do RE 1.055.941/SP, é inegável que um país institucionalmente avançado como o Brasil precisa fortalecer as atividades da sua Unidade de Inteligência Financeira – UIF, conferindo-lhe condições materiais adequadas e independência para *identificar* as operações financeiras atípicas (a partir de critérios prévios e objetivos) e *comunicar* à polícia e ao Ministério Público aquelas que revelem *suspeita da prática do delito de lavagem de dinheiro*³⁸. Mas essa atividade de inteligência, exatamente porque desenvolvida com base em amplo acesso a dados pessoais sensíveis (muitos deles acobertados até mesmo por sigilo legal ou constitucional), não pode se converter em braço dos órgãos de persecução³⁹.

A garantia de *vinculação à finalidade* para a qual os dados pessoais são acessados – o órgão de inteligência financeira tem acesso a um amplo espectro de informações (inclusive acobertadas por sigilo) para prevenir riscos à afetação de bens jurídicos específicos

37. O STJ já afirmou, em termos bastante genéricos, que *a requisição direta de informações pelo Ministério Público ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, sobre a existência de movimentação atípica independe de prévia autorização judicial*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T. HC 375.683, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19.10.2017, DJe 08.11.2017.)

38. Cf. notícia completa sobre o resultado do julgamento divulgada pelo sítio oficial do STF. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431690&ori=1]. Acesso em: 17.05.2020.

39. É preciso lembrar que o objetivo de manter atividades de inteligência (inclusive financeira) fortes e bem aparelhadas não exige qualquer tipo de instrumentalização ou submissão dessas atividades às intenções dos órgãos de persecução criminal. Cf., a propósito, o meu: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. COAF e sigilo bancário: inteligência financeira, investigação criminal e legalidade. JOTA, 10 nov. 2019. No mesmo sentido, a advertência de Antônio Pitombo: “*Trata-se de unidade de inteligência econômico-financeira na espécie administrativa, a qual não foi estruturada para atender a persecução penal, como pensam alguns de modo equivocado.*” (PITOMBO. Antônio Sérgio A. de Moraes. O Ministério Público e a Unidade de Inteligência Financeira (COAF). JOTA, 19 nov. 2019. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-ministerio-publico-e-a-unidade-de-inteligencia-financeira-coaf-19112019]. Acesso em: 17.05.2020.)

dotados de altíssima relevância – e o respeito ao *imperativo de separação informacional* exigem a adoção de cautelas na disciplina da intersecção entre *inteligência e persecução criminal*, garantindo que a UIF não seja transformada em órgão acessório dos órgãos de persecução criminal. A realização desse objetivo exige considerar que a *dimensão objetiva* do direito à *autodeterminação informativa* determina a criação de *procedimentos e mecanismos institucionais* capazes de conferir efetividade ao direito à proteção de dados.

Em primeiro lugar, como já assinalado, deve-se garantir a vinculação finalística do tratamento estatal dos dados pessoais. De acordo com Laura Schertel:

“é fundamental que todo tratamento de dados pessoais respeite o contexto no qual os dados foram coletados. Trata-se do princípio da finalidade, segundo o qual as informações coletadas para uma finalidade não podem ser utilizadas para uma finalidade incompatível com a inicial.”⁴⁰

Isso significa, no campo penal, que o direito à proteção de dados impede a realização de metas de *fusão de dados de órgãos de segurança*⁴¹, que levaria a uma inadmissível fragilização do direito fundamental em face não apenas da enorme quantidade de dados potencialmente armazenados, mas também da consequente dispersão dos limites entre a atividade de inteligência e de repressão criminal.

Embora seja admissível a criação de exceções aos princípios da separação informacional e da vinculação finalística dos dados, há múltiplas razões para afirmar uma rígida submissão da alteração da finalidade dos dados pessoais (i.e., desvio de finalidade) à regra constitucional da legalidade estrita. Dessa forma, pode-se afirmar que, a despeito de a interação entre a unidade de inteligência financeira e os órgãos de repressão criminal seja orientada por um *imperativo de separação organizacional e informacional*, o legislador pode estabelecer exceções pontuais em que a transferência de dados seja autorizada⁴². A essa altura, duas advertências fazem-se necessárias.

De um lado, convém registrar que a transmissão de dados do *direito de inteligência* para o *direito processual penal* deve ser regulada em detalhes. Assim, não se pode extrair da autorização legal para a transmissão de dados oriundos da atividade de inteligência para o órgão de repressão criminal nos casos de suspeita da prática do delito de lavagem

40. MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12 n. 39, p. 209, 2019.

41. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 191.

42. Na doutrina alemã, cf., a respeito, WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 164 e ss.

de capitais (art. 15 da Lei 9.613/1998)⁴³ uma competência implícita para a transmissão de dados no sentido contrário, vale dizer, do órgão de persecução em favor do órgão de inteligência⁴⁴. E nem basta, como se reconhece no direito alemão, a previsão legal geral de poder de requisição de dados pelo Ministério Público⁴⁵.

De outro lado, é preciso também levar em consideração o parâmetro hermenêutico amplamente admitido segundo o qual as restrições legais de direitos fundamentais são interpretadas restritivamente⁴⁶. Por consequência, o compartilhamento de dados de investigação criminal em curso com as unidades de inteligência, como intervenção autônoma no direito à proteção de dados, também exigiria expressa autorização legal. Sob essa ótica, deve-se recordar que a *obtenção*, o *armazenamento*, a *utilização* e a *transferência* dos dados das operações financeiras são intervenções autônomas no direito fundamental ao sigilo bancário. Como afirmou Luís Greco, “uma norma que autoriza a

43. A Lei 9.613/98, afirma que “o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”. (BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm]. Acesso em: 17.05.2020.)

44. Por isso mesmo, tem sido objeto de sérias críticas a prática segundo a qual o Ministério Público, já no âmbito de uma investigação em curso com uma pessoa identificada como suspeita, requisitar do órgão de inteligência financeira auxílio à atividade de persecução por meio da elaboração de relatórios de inteligência financeira por encomenda. Cumpre observar, nesse contexto, que há amplo consenso em torno da ideia de que os dados obtidos no curso da investigação servem para esta persecução penal, não podendo se destinar a alimentar as bases de dados policiais existentes e, muito menos, a serem compartilhados com a Administração pública para servir a propósitos diferentes daqueles que motivaram a coleta. Cf., a esse respeito, GARCÍA, Francisco Javier Álvarez. El acceso por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a ficheros de datos personales. In: PENALVA, Ernesto Pedraz (Coord.). *Protección de datos y proceso penal*. Madri: La Ley, 2010. É particularmente perigoso o afastamento do Judiciário do cânone da legalidade processual, especialmente quando a criatividade judicial é ditada por necessidades contingentes ou, o que é o mesmo, quando se utiliza o processo penal como um instrumento de controle social. Cf., sobre o tema, GAROFOLI, Vincenzo. Miopia legislativa e politica dell'emergenza nei falsi equilibri della legge processuale penale. *Diritto penale e processo*, v. 14, p. 7, 2008.

45. O § 163, II, StPO, não é, aqui, suficiente para garantir a transmissão de dados dos órgãos de segurança para o processo penal. Cf. WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 141. Cf., na mesma perspectiva, GALANTINI, Maria Novella. Considerazioni sul principio di legalità processuale. *Cassazione Penale*., n. 6, p. 1992, 1999.

46. Cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 143.

obtenção de um dado não autoriza já automaticamente a utilização ou o armazenamento, muito menos a transferência”⁴⁷.

Em segundo lugar, deve-se sublinhar que “é condição de todo tratamento de dados pessoais a sua completa transparência, sem qual não é possível que o indivíduo conheça quem é o responsável pelo processamento e quais os tipos de dados estão sendo processados”⁴⁸. A esse direito de conhecer o conteúdo, a origem e o destino de todos os dados pessoais objeto de tratamento e processamento pelo poder público se adiciona, portanto, uma garantia de efetivo controle sobre a circulação desses dados⁴⁹. Tais exigências procedimentais – de transparência e rastreabilidade – são tanto maiores quanto mais grave for a intervenção no direito à proteção de dados pessoais⁵⁰, o que determina elevado escrutínio e rigoroso controle sobre todo o processo de obtenção, armazenamento e transmissão de dados pessoais financeiros e bancários para fins criminais⁵¹. Sob essa perspectiva, o direito à proteção de dados converge com o direito constitucional à informação para garantir que o indivíduo possa receber, em caso de requisição, informações sobre o tratamento que o Estado confere aos seus dados pessoais, o que envolve, necessariamente, o direito de saber sobre o conteúdo dos dados armazenados, sua origem, os órgãos que os receberam e o objetivo com que foram armazenados e transmitidos⁵².

47. GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 44.

48. MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 207, 2019.

49. MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 207-208, 2019.

50. Laura Schertel assinala, a propósito, que, “como princípio básico para a limitação do direito à proteção de dados pessoais, que quanto mais grave for a violação ao direito à privacidade do indivíduo, maiores devem ser os requisitos para a intervenção nesse direito e mais específica deve ser a lei que prevê essa intervenção”. (MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 213, 2019.)

51. Exatamente por esse motivo, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu, em casos de intervenção intensa no direito à proteção de dados – e.g., monitoramento de navegação na internet do usuário – um “direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas informáticos” (ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. 1 BvR 966/09. Disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html]. Acesso em: 17.05.2020).

52. Cf., sobre o tema, CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madri: Tecnos, 1990.

3. A INTERAÇÃO DO COAF COM ÓRGÃOS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL NA JURISPRUDÊNCIA: O JULGAMENTO DO RE 1.055.941/SP, COM REPERCUSSÃO GERAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No julgamento do RE 1.055.941, o Supremo Tribunal Federal não se distanciou do supracitado *imperativo de separação organizacional, funcional e informacional entre inteligência financeira e investigação criminal*. Ao contrário, o STF reafirmou a *integral autonomia* da UIF perante *as autoridades responsáveis pela persecução penal*. Nesse sentido, o reconhecimento da constitucionalidade da transferência direta de dados entre a UIF e o Ministério Público para fins penais, sem intermediação do Poder Judiciário, partiu da premissa de que incumbe à unidade de inteligência financeira uma *atuação meramente passiva* no campo da investigação criminal⁵³. Apesar da ausência de uniformidade quanto aos fundamentos, a maioria dos Ministros registrou a importância da noção de que a atividade de inteligência financeira não pode se confundir com as de repressão criminal⁵⁴. Assim, o STF, na esteira de importante experiência jurisprudencial comparada, manteve hígida, em linhas gerais, a barreira normativa que separa as duas atividades.

Com efeito, uma análise criteriosa do resultado do julgamento do RE 1.055.941/SP conduz à conclusão de que o STF se limitou a afirmar que o compartilhamento automático de dados relacionados a operações suspeitas com os órgãos de repressão criminal consubstancia restrição legítima ao direito fundamental à autodeterminação informativa (i.e., direito fundamental à proteção de dados pessoais), na medida em que constitui um dever legal atribuível ao COAF (art. 15 da Lei 9.613/98). Em outras palavras: o STF

53. Nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, “[...] a atuação institucional da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil qualifica-se, quanto à natureza, por sua relativa passividade, uma vez que se limita a receber, monitorar e sistematizar informações oriundas, especialmente, de instituições financeiras e a promover, em momento subsequente, o intercâmbio desses dados sensíveis não apenas com os órgãos responsáveis, no plano interno, pela persecução penal, mas, também, com Unidades de Inteligência Financeira de outros países (Lei nº 9.613/98, art. 14, 2º c/c o Decreto nº 9.963/2019, arts. 9º, XI e 11, VI), tudo com o propósito de aperfeiçoar, por meio de ações de inteligência e de gerenciamento de dados, a política de prevenção e de repressão aos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo, dentre outros ilícitos penais”. (sic) (fl. 92 do voto, disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoCM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

54. A propósito, são significativas as passagens do julgamento que reafirmaram a compreensão de que a unidade de inteligência financeira não deve desempenhar função de investigação criminal. Nessa direção, o Ministro Dias Toffoli asseverou que “[...] a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) não é órgão de investigação penal, e sim de inteligência, competindo-lhe receber, examinar e identificar suspeitas de atividades ilícitas e disseminá-las às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis (art. 15 da Lei n. 9.613/98).” (fl. 46 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotorelatorRE1055941.pdf]. Acesso em: 17.05.2020). O ponto também foi ressaltado no voto oral proferido pela Ministra Cármen Lúcia, que enfatizou que “a UIF não é órgão investigativo” (Vídeo da Sessão de Julgamento, momento 2h33min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=Q7VF4SBguss]. Acesso em: 15.01.2020).

reconheceu, ainda que implicitamente, que a atuação *ex officio* da agência de inteligência financeira de disseminação automática de transações suspeitas aos órgãos incumbidos pela persecução penal não viola o princípio da separação entre inteligência financeira e investigação criminal.

Por outro lado, não resultou do julgamento do RE 1.055.941/SP um pronunciamento definitivo do STF sobre os limites da atuação da UIF por *requisição* das autoridades incumbidas da *persecução penal*⁵⁵. Como se percebe com facilidade a partir da tese anunciada pelo Tribunal ao final do julgamento⁵⁶, não houve decisão (muito menos dotada de qualquer eficácia expansiva) sobre *se* – ou *em que medida* – a disseminação de informações pela UIF a pedido das autoridades persecutórias, por meio dos assim denominados “relatórios por encomenda”, viola o supracitado regime jurídico de separação entre as atividades de inteligência financeira e investigação criminal (e, por via de consequência, os direitos fundamentais à proteção de dados e ao devido processo legal).

A essa altura, um esclarecimento sobre o alcance da expressão “relatório por encomenda” se faz necessário. Apesar de se verificar uma tendência na doutrina à utilização da expressão para se referir ao fenômeno mais abrangente da disseminação de RIFs por requisição dos órgãos de investigação criminal – em contraposição à atuação espontânea (*ex officio*) da UIF –, a ideia de “relatório por encomenda” foi empregada pelo Ministro Relator com um sentido mais estreito. O Ministro Dias Toffoli se referia aos RIFs elaborados a propósito: de (i) informações que não compunham a base de dados do COAF (*i.e.*, que não tinham sido objeto de comunicação espontânea pelos setores obrigados), e de (ii) operações que não haviam sido consideradas atípicas/suspeitas de acordo com

55. A rigor, as passagens dos votos que abordaram esse tema específico não podem ser elevadas à conta de *ratio decidendi* e tampouco de *máxima jurisprudencial*, devendo ser interpretadas como *obiter dictum* (embora relevantes como construção jurisprudencial para outros casos). Cf., a respeito dessas categorias no direito italiano, PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*: Studi di diritto processuale penale-raccolti da Giovanni Conso. Milão: Giuffrè, 2009. p. 60.

56. A tese fixada foi a seguinte: “1 – É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal, para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2 – O compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, TP, RE 1.055.941/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 04.12.2019.) Cf. notícia completa sobre o resultado do julgamento divulgada pelo site oficial do STF. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431690&ori=1]. Acesso em: 17.05.2020.

os critérios objetivos predefinidos pela unidade de inteligência financeira⁵⁷. Nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli⁵⁸, a produção desse tipo de relatório pressuporia *atuação ativa* – e, portanto, *indevida* – da UIF no campo da investigação criminal. Não raro, tal mecanismo *anormal* de atuação da UIF revelaria o acionamento do repudiado método investigatório conhecido como *fishing expedition*⁵⁹.

Contudo, e apesar de o voto do Ministro Relator enfrentar de forma específica a controvérsia sobre a legitimidade do “relatório por encomenda”, não se formou maioria no STF para afirmar qualquer tese definitiva sobre a matéria: (i) os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia simplesmente não examinaram esse tema específico em seus votos; por outro lado, (ii) os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes afirmaram expressamente a ilegitimidade dos assim chamados “relatórios por encomenda”; e, por fim, (iii) os Ministros Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso afirmaram que o próprio modo de funcionamento regular do COAF – em consonância com a legislação de regência – impediria a confecção de “relatórios por encomenda”. Dessa forma, a despeito de o STF não ter afirmado a ilegitimidade da disseminação do chamado “relatório por encomenda” – na esteira da proposta formulada pelo Ministro Relator –, é possível afirmar com segurança que o Tribunal não chancelou a atuação da unidade de inteligência financeira como órgão de investigação criminal em inquéritos e ações penais já instaurados⁶⁰.

Como visto, a terceira corrente formada em torno dessa controvérsia específica – integrada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso – partiu da premissa de que o próprio modo de funcionamento do COAF não deixa margem para a produção desse tipo de “relatório por encomenda”. Para tais Ministros, o COAF não tem poderes para promover a quebra de sigilo bancário e obter,

57. Segundo o Ministro Relator, “[é] extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIF’s por encomenda (*fishing expeditions*) contra cidadãos sem qualquer investigação criminal existente ou alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados”. (fl. 41 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotorelatorRE1055941.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

58. Nesse sentido, são os votos dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

59. A doutrina sobre o tema esclarece que a “*fishing expedition* é uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação”. (SILVA, Philipe Benoni Melo e. *Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017]. Acesso em: 17.05.2019.)

60. Segundo Ministro Celso de Mello, “conclui-se, daí, que, mesmo quando a UIF dissemina informações em razão de anterior provocação do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, p. ex., a sua atuação não se despoja do signo, da relativa passividade, que é próprio da atividade de inteligência em questão (e que a distingue, sob esse aspecto, dos atos de persecução penal)”. (fl. 56 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoCM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

perante as instituições financeiras, informações que não tenham sido automaticamente comunicadas ao órgão de inteligência pelos setores obrigados⁶¹. E, ainda, mesmo nos casos em que os órgãos de persecução penal tenham requisitado ao COAF a elaboração de um relatório de inteligência financeira a propósito de determinada pessoa já submetida à investigação criminal, a decisão sobre confeccionar e, posteriormente, compartilhar o relatório com os órgãos de repressão criminal cabe à própria UIF, e nunca ao órgão de persecução criminal⁶².

De acordo com essa visão, a elaboração do RIF a pedido é regida exatamente pelo mesmo regime jurídico da disseminação automática de informações previsto no art. 15 da Lei 9.816, de 1998⁶³. Segundo essa corrente de entendimento, também nos casos de solicitação por parte do Ministério Público, a seleção das informações a serem inseridas no RIF deverá partir de elementos que já integram a base de dados do COAF⁶⁴ e nunca

61. O Ministro Edson Fachin ressaltou que “a unidade de inteligência financeira não detém acesso a extratos bancários ou algo que o valha. Figura, ao revés, como destinatária de informações específicas que, por sua atipicidade, devem ser fornecidas pelos setores obrigados. Isso retira, a meu ver, a possibilidade de que se verifique a produção de alegadas devassas sob encomenda, na medida em que as comunicações devem ser implementadas pelos setores obrigados, independentemente de provocação”. (fl. 20 do voto. Disponível em: [\[https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf\]](https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf). Acesso em: 17.05.2020.)
62. Nos termos do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, “[...] *é da UIF a atribuição para concluir pela necessidade de encaminhamento às autoridades competentes. E esse juízo pode ser exercitado mediante provocação ou não, o que não retira a oficialidade da deliberação, como, aliás, apontou o Banco Central em suas informações*”. (fl. 23 do voto. Disponível em: [\[https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf\]](https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf). Acesso em: 17.05.2020.)
63. Conforme enunciado pelo Ministro Alexandre de Moraes, “[t]anto de ofício quanto a pedido, a UIF só pode atuar nos seus limites legais. Se um órgão pedir uma informação, ela só pode devolver a resposta nos exatos limites que poderia realizar se fosse espontaneamente. Não pode extrapolar e nem tem poderes para isso. Não estou dizendo que ocorre, apenas para fixar que a própria atuação da UIF não se altera se a atuação é a pedido ou espontaneamente na coleta de dados. Até porque é um banco de dados preexistente. Não se pode dizer: ‘UIF, investigue alguém a partir de tais dados’ Não. Mas: ‘UIF, o que você tem em relação a isso?’”. (fl. 69 do voto. Disponível em: [\[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf\]](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf). Acesso em: 17.05.2020.)
64. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, “[...] a UIF não é órgão de investigação criminal. Ele [sic] possui uma função totalmente passiva em relação às instituições financeiras: ele simplesmente recebe as comunicações de operações suspeitas. Quando o MP solicita à UIF informações sobre operações suspeitas referentes a determinados investigado/acusado, a UIF simplesmente consulta sua base de dados já existente para prestar a informação, mas não lhe é permitido solicitar aos bancos informações novas sobre movimentações financeiras – no máximo, confirmará aquelas informações já encaminhadas. O pedido do MP é tratado do mesmo modo que as comunicações dos setores obrigados: é processado e comparado com os outros elementos já existentes na base de dados”. (fl. 37 do voto. Disponível em: [\[https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/11/RE-1055941-Luis-Roberto-Barroso-vota-contra-restricoes-a-Receita-e-a-UIF.pdf\]](https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/11/RE-1055941-Luis-Roberto-Barroso-vota-contra-restricoes-a-Receita-e-a-UIF.pdf). Acesso em: 17.05.2020.)

de dados que ainda não tenham sido prévia e devidamente comunicados pelos setores obrigados⁶⁵. Além disso, a assim chamada *disseminação de informações a pedido* deverá obedecer aos mesmos critérios técnicos *preestabelecidos e impessoais* da disseminação automática de informações⁶⁶. Em última análise, para essa corrente, a solicitação dos órgãos de investigação criminal não possui força de *requisição* e sequer assume relevância jurídica perante a UIF. No máximo, é o que reconheceu o Ministro Edson Fachin, tal *solicitação* poderia influenciar a análise de risco na etapa de análise individualizada levada a efeito pelo COAF. Portanto, segundo essa corrente, o próprio funcionamento da UIF não deixaria margem para a elaboração de um RIF a propósito de “toda a movimentação financeira” de determinada pessoa⁶⁷.

Ao afirmar que o modo regular de funcionamento da UIF não possibilita a produção desse tipo de “relatório por encomenda”, essa corrente de entendimento trata indistintamente de dois planos distintos: (i) o *deontológico*, consubstanciado nas regras de competência administrativa que determinam como a UIF deve desempenhar as suas atividades (*dever ser*); e o (ii) *ontológico*, concernente à forma como a UIF efetivamente desempenha as suas competências administrativas na prática em cada caso concreto (*ser*)⁶⁸. Sob

65. Conforme enunciado pelo Ministro Edson Fachin, “[...] essa, a meu ver, é uma prerrogativa corolária da atribuição da análise das informações previamente recebidas, de modo que não cabe à UIF a propositura e realização de diligências direcionadas à identificação da ocorrência de transações atípicas que porventura não tenham sido comunicadas pelos setores obrigados”. (fl. 21 do voto. Disponível em: [https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

66. O Ministro Alexandre de Moraes registrou que “[d]iversamente, no Relatório de Inteligência Financeira, o centro das investigações é uma ou são algumas operações anômalas, que, por regras previamente estabelecidas, fogem da normalidade e, por conseguinte, são rastreadas para a verificação de eventual ilicitude. Os relatórios de inteligência financeira são específicos e diretamente acionados a partir da realização de uma operação financeira suspeita, ou seja, são, do ponto de vista operacional, impessoais, pois sua origem não se direciona contra determinada pessoa, mas apura objetivamente específica transação financeira”. (fls. 70 e 71 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

67. Apesar de ser o precursor dessa corrente, o Ministro Alexandre de Moraes admite a possibilidade de o COAF assim proceder mediante autorização judicial: “[a] partir do RIF, se houver necessidade de complementação das informações bancárias e fiscais por meio de uma análise genérica de ‘toda a movimentação financeira’ de determinada pessoa, que transborde dos limites legais estabelecidos para a atuação do COAF/RIF, necessariamente haverá a obrigatoriedade de decisão judicial”. (fl. 71 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

68. Cf., sobre as mais diversas formulações teóricas a respeito da distinção entre o ontológico e o deontológico na hermenêutica, COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

outra perspectiva teórica⁶⁹, convém lembrar a conhecida formulação teórica de Müller segundo a qual a concretização da norma passa por dois momentos distintos: (i) o primeiro consistente na demarcação do “*programa da norma*” por meio da interpretação do “*texto da norma*”, a partir do qual se podem divisar limites de correção do processo interpretativo⁷⁰; (ii) e o segundo, na atividade de concretização mediante a identificação do “*âmbito da norma*”, nele compreendidos, de forma empírica, os “ *fatos relevantes para a questão de direito*”⁷¹. Independente da perspectiva teórica adotada, o importante é observar que o enunciado sobre o conteúdo da disciplina jurídico-normativa da atividade da UIF não afasta a necessidade de garantir ao indivíduo o direito a verificar *empiricamente* se tais preceitos foram ou não concretamente observados.

Se é verdade que o arcabouço normativo em vigor efetivamente pretende coibir o desvio de finalidade e o abuso do poder no exercício dessa atividade de inteligência financeira, também é certo que não se pode criar uma presunção absoluta de regularidade dos atos do poder público. É preciso, portanto, permitir o controle da juridicidade da produção e compartilhamento desses relatórios de inteligência financeira, especialmente sobre se tais atividades foram realizadas a partir de critérios impessoais e predefinidos de risco.

Como não se pode prescindir do controle de legalidade dos atos do poder público, notadamente nesse terreno sensível para os direitos fundamentais que é o da interação entre inteligência financeira e investigação criminal, deve-se garantir aos afetados a possibilidade de averiguar se a UIF realizou, em cada caso concreto, típica *atividade de inteligência* – análise *regrada e impessoal* de dados *previamente submetidos* a ela pelas instituições financeiras – ou se, ao contrário, assumiu função anômala – à margem da legalidade – de *auxílio à atividade de persecução criminal*, realizando *busca ativa* de informações *não previamente disponíveis* em seus bancos de dados ou *desbordando dos parâmetros preestabelecidos* de atuação que orientam a produção de relatórios pela unidade de inteligência.

69. Para Müller, “[O] que existe na realidade, na prática concreta, onde se encontra o fenômeno chamado “norma jurídica”, é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais. Em outras palavras, há sempre uma conexão entre um programa da norma e um âmbito da norma. Por isto, não somente a antiga dicotomia entre “ser” e “dever-ser” está superada, como também a verdade que está contida nela (isto é, a que dados linguísticos e dados reais não são os mesmos) está, a partir de então, teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada”. (BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Entrevista com Friedrich Müller. *Revista Seqüência*, n. 51, v. 26, p. 11, 2005.)

70. Para Kelly Susane Alflen da Silva, “o programa da norma designa a soma dos dados linguísticos normativamente pertinentes extraídos do texto da norma”. (SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 417.)

71. Cf., a propósito, SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 418-419.

Exatamente porque os atos do poder público em geral – e os restritivos de direitos fundamentais em especial – devem sempre se submeter ao escrutínio dos cidadãos e à fiscalização imparcial do Poder Judiciário é que o legislador nacional criou mecanismos para sancionar eventuais desvios de agentes estatais, seja por meio de regras de exclusão probatória (sanções processuais)⁷², seja até mesmo pela criminalização do abuso de autoridade (sanções pessoais)⁷³. Essa mesma lógica – que homenageia o *princípio republicano*⁷⁴ – deve orientar também o tratamento da atividade de inteligência financeira, sobretudo pelo seu potencial para afetar direitos fundamentais dos indivíduos impactados pela obtenção, armazenamento e transmissão de dados pessoais sensíveis⁷⁵.

A possibilidade de desvirtuamento da atividade de inteligência financeira foi explicitamente considerada nos votos dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que afirmaram expressamente a proibição de elaboração pela UIF de relatórios de inteligência financeira “por encomenda” dos órgãos de investigação criminal, na medida em que traduzirem verdadeiras *fishing expeditions*⁷⁶. Com efeito, esse entendimento foi balizado pelo reconhecimento de que os analistas do órgão de inteligência financeira eventualmente podem incorrer em abuso de poder e desvio de finalidade durante a fase de análise individualizada das operações financeiras e bancárias sob as quais recai sigilo

72. No julgamento do caso Estados Unidos v. Calandra (1974) 414 US 338, a Suprema Corte afirmou que a dissuasão era a principal justificativa da regra de exclusão. Esse entendimento foi reiterado em precedentes posteriores: Massachusetts v. Sheppard (1984) e Illinois v. Krull (1987). Em um contexto como o brasileiro – em que as atividades de investigação criminal estão longe da plena juridicização –, é necessário enfatizar, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, a função de dissuasão das regras de exclusão probatória, de modo a impedir práticas ilegais durante as investigações criminais conduzidas pela polícia.

73. Cf. BRASIL. Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019. Lei de Abuso de Autoridade. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm]. Acesso em: 17.05.2015.

74. Nas palavras de Daniel Sarmento, o princípio republicano possui uma dimensão associada à liberdade política e à não dominação que está indissociavelmente ligada ao controle dos atos do poder público: “a liberdade republicana não é compatível com arranjos institucionais, formais ou informais, que confirmam poderes incontrastáveis a determinados agentes”. (SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. Revista EMERJ, v. 20, n. 3, p. 310, 2018).

75. Cf., a propósito da importância do controle judicial amplo sobre toda a cadeia de atividade probatória do Estado, CORDERO, Franco. Il procedimento probatorio. In: *Tre studi sulle prove penale*. Milão: Giuffrè, 1963. p. 65.

76. Nos termos do voto do Ministro Relator, “[é] extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIFs por encomenda (fishing expeditions) contra cidadãos sem qualquer investigação criminal existente ou alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados”. (fl. 41 do voto do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotorelatorRE1055941.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

constitucional, já que, nessa fase, há um certo nível de discricionariedade no tratamento das informações⁷⁷.

Por outro lado, uma outra corrente de entendimento ressaltou que o regime jurídico em que as atividades de inteligência do COAF estão inseridas impediria a sua conversão em braço auxiliar da persecução criminal, e, assim, o consequente desvio de finalidade no exercício das suas competências. É importante observar, contudo, que todos os Ministros que enfrentaram a controvérsia sobre a legitimidade dos chamados “relatórios por encomenda” convergiram na afirmação da plena autonomia da atividade de inteligência em face dos órgãos de repressão criminal e na proibição da realização pelo COAF de investigações criminais prospectivas (e.g., *fishing expeditions*), situação cuja ocorrência se torna mais provável justamente nos casos de requisição da elaboração de relatórios de inteligência sobre pessoas já submetidas à investigação criminal específica⁷⁸.

De qualquer forma, não há como afastar *a priori* e definitivamente a possibilidade de que abusos ou desvios ocorram no exercício da atividade de inteligência financeira, especialmente na fase de análise individualizada, posteriormente à análise preditiva, nas hipóteses em que a elaboração do RIF é solicitada pelo Ministério Público. Nesses casos, deve-se considerar o risco de indevida confusão entre as atividades de inteligência financeira e a investigação criminal, o que pode se mostrar ainda mais preocupante nos casos em se verifique o envolvimento do COAF em qualquer espécie de *investigação prospectiva* ou quando a unidade de inteligência seja utilizada como um *banco ilimitado de dados financeiros* para burlar a exigência de submissão das medidas restritivas de direitos fundamentais no inquérito à *reserva de jurisdição*⁷⁹.

77. Segundo as informações prestadas pelo COAF, a seleção das informações que comporão o RIF se dá em três etapas diferentes: (i) a primeira, consistente na análise preditiva, durante a qual o próprio sistema do COAF seleciona automaticamente, a partir de regras de deferimento automático, as operações que serão objeto de apreciação mais detalhada pelos analistas (é o primeiro filtro). Conforme enunciado pelo Ministro Relator, “esse modelo é baseado na análise estatística ‘de classificação que seleciona comunicações recebidas para análise individualizada, baseando-se na probabilidade de a comunicação recebida conter elementos de risco’”; em seguida, (ii) as informações selecionadas automaticamente pelo sistema do COAF são encaminhadas aos analistas, para um segundo filtro, a partir de uma matriz de risco predefinida, que estabeleceu o risco “baixo, médio ou alto” daquelas operações, então classificadas em casos; (iii) finalmente, essas informações são objeto de análise individualizada e poderão ser incluídos em RIFs (fls. 30 a 33 do voto do Ministro Dias Toffoli. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotorelatorRE1055941.pdf]. Acesso em: 17.05.2020).

78. Em realidade, é correto dizer que as controvérsias entre os Ministros se situaram no âmbito das premissas fáticas que orientaram os votos – inerentes à dinâmica da atividade de inteligência financeira –, e não propriamente em relação aos parâmetros normativos a serem adotados, que desautorizam a transformação da UIF em órgão de investigação criminal.

79. A título exemplificativo, o Ministro Gilmar citou, no julgamento do RE 1.055.941, situações concretas de desvio de finalidade e abuso de poder por parte de analistas da Receita Federal do Brasil. Vídeo da Sessão de Julgamento, momento 1h29min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=y7u7J0Ev9vg]. Acesso em: 17.05.2020).

Antevendo a possibilidade de interação ilegítima entre o COAF e os órgãos de repressão criminal, o Ministro Dias Toffoli ofereceu alguns exemplos de atuação indevida da UIF no campo da persecução penal, como a instrumentalização da unidade de inteligência financeira pelo órgão de acusação para o fim de realizar *fishing expeditions*, mediante a elaboração de relatórios – por requisição do Ministério Público – sobre pessoas contra as quais não pesa qualquer investigação criminal ou a propósito de operações que não integram a base de dados do órgão de inteligência financeira e que, portanto, jamais seriam objeto de dissipação automática não fosse a solicitação do órgão de acusação.

Não é viável antecipar todas as possíveis formas de interação ilegítima entre o COAF e os órgãos de repressão criminal. Como se sabe, as formas de violação a normas constitucionais de caráter principiológico (e.g., impessoalidade e transparência) não são passíveis de delimitação apriorística em caráter exaustivo. Contudo, nesse campo específico, mostra-se plausível identificar – a título exemplificativo e partir dos votos que integraram a maioria no julgamento do RE 1.055.941/SP – algumas formas típicas de desvio na atuação da UIF no contexto da persecução criminal, tais como (i) a transformação do banco de dados da unidade de inteligência financeira em um instrumento que permita ao Ministério Público⁸⁰, por via oblíqua, promover quebra de sigilo bancário e fiscal sem prévia autorização judicial⁸¹; (ii) a inclusão de informações no RIF que, sem a solicitação do MP, não seriam consideradas transações atípicas/suspeitas de acordo com os critérios estatísticos preestabelecidos⁸² e, portanto, jamais integrariam o RIF, burlando, assim, a regra de distribuição automática de informações entre a unidade de inteligência financeira e os órgãos responsáveis pela persecução penal⁸³; (iii) a produção de RIF com infor-

80. Segundo a Ministra Cármen Lúcia, “a base de dados da unidade de inteligência financeira não é objeto de compartilhamento com outro órgão”. (Vídeo da Sessão de Julgamento, momento 38min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=y7u7J0Ev9vg]. Acesso em: 17.05.2020.)

81. O Ministro Gilmar Mendes fez uma importante ressalva nesse sentido, especificamente aos limites da atuação da Receita Federal do Brasil, de resto aplicável ao COAF. Em sede doutrinária, cf. FIGUEIREDO, Ticiano; VELLOSO, Pedro Ivo; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. UIF não é uma zona livre para o Ministério Público e para as polícias. Artigo publicado no *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-04/opinio-uif-nao-zona-livre-mp-policias]. Acesso em: 17.05.2020.

82. Conforme enunciou a Ministra Rosa Weber em seu voto oral, “[...] as comunicações transitadas pelos canais do sistema antilavagem brasileiro não veiculam extratos bancários de correntistas, mas apenas operações específicas classificadas como atípicas, segundo os critérios técnicos preestabelecidos”. (Vídeo da Sessão de julgamento, momento 18min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=ILEO9krc5rY&t=131s]. Acesso em: 17.05.2020.) No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux, também em manifestação oral, consignou que “o COAF não vai mandar nota de supermercado para o Ministério Público, não. O COAF só vai mandar dados que revelem operações suspeitas”. (Vídeo da Sessão de julgamento, momento 34min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=ILEO9krc5rY&t=131s]. Acesso em: 17.05.2020.)

83. Não é demais recordar o seguinte trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes: “o que determina se a operação financeira será fichada em relatório é a combinação de fatores que compõem a

mações genéricas, abarcando longos lapsos temporais, sem qualquer tipo de limitação temática ou temporal⁸⁴; bem como (iv) o compartilhamento de informações obtidas ilicitamente⁸⁵, entre outros.

Dessa forma, mesmo os Ministros que consideraram que a dinâmica de funcionamento do COAF impediria a produção de “relatórios por encomenda” – premissa normativa cuja observância deve ser confirmada empiricamente em cada caso concreto⁸⁶ – afirmaram ser necessário garantir a possibilidade de *controle judicial* efetivo sobre os atos realizados pela unidade de inteligência⁸⁷ e a necessidade de submissão do RIF ao *contra-*

classificação de risco e prioridade, que é realizada por um software de inteligência artificial”. (fl. 67 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

84. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes “[a] partir do RIF, se houver necessidade de complementação das informações bancárias e fiscais por meio de uma análise genérica de “toda a movimentação financeira” de determinada pessoa, que transborde dos limites legais estabelecidos para a atuação do COAF/RIF, necessariamente haverá a obrigatoriedade de decisão judicial”. (fl. 71 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)
85. O Supremo Tribunal Federal chancelou apenas o compartilhamento de informações obtidas lícitamente. Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin destacou que: “o compartilhamento da integralidade de informações regularmente colhidas pelo Fisco e tendo o Ministério Público como destinatário não colide com a CRFB” (fl. 16 do voto). Ainda segundo Ministro, “[o]s Relatórios de Inteligência Financeira, portanto, ao retratarem a ocorrência de determinada transação, desde que respeitado o devido processo legal, podem funcionar como fontes de convencimento do Juiz, ainda que eventualmente sujeitos a elementos de corroboração”. (fl. 22 do voto. Disponível em: [https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.) Logo, não se revela possível ao COAF compartilhar com o Ministério Público informações obtidas ilicitamente. Conforme advertiu o Ministro Luís Roberto Barroso, “[t]anto vazamento quanto provas ilícitas merecem repreensão máxima, não importa de onde venha”. (fl. 8 do voto. Disponível em: [https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/11/RE-1055941-Luis-Roberto-Barroso-vota-contr-restricoes-a-Receita-e-a-UIF.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)
86. A doutrina italiana tem chamado a atenção para o fato de que se deve, sem prejuízo do valor fundamental que assume a legalidade sob o ponto de vista substancial, reivindicar também no plano processual a importância e a essencialidade da estrita aderência pelo juiz ao sistema de legalidade processual. Cf., a respeito, AMODIO, Ennio. Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 432, 2004.
87. Nesse sentido, o Ministro Edson Fachin menciona que, apesar da autonomia funcional da UIF perante os órgãos de persecução penal, “eventual dissonância entre o requerimento e o efetivo encaminhamento [das informações solicitadas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária] poderão ser solucionadas pela via judicial”. Noutras palavras, a autonomia funcional da UIF não lhe confere “imunidade ao controle jurisdicional” (fl. 25 do voto. Disponível em: [https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf]. Acesso em: 17.05.2020).

ditório em momento oportuno⁸⁸. A propósito, convém registrar que o *controle judicial* da atividade de inteligência financeira não seria sequer viável sem a necessária *formalização* de todo o processo de *obtenção* das informações sigilosas pelo órgão de inteligência bem como do seu posterior *compartilhamento* com os órgãos responsáveis pela persecução penal⁸⁹. Não por acaso, no julgamento do RE 1.055.941/SP, o Supremo Tribunal Federal afirmou expressamente a importância da formalização de todas as etapas da atividade de inteligência financeira, que deve abranger todo esse processo que tem início com a obtenção dos dados acobertados por sigilo e termina com o seu compartilhamento com os órgãos de investigação criminal, com especial enfoque para o registro das interações entre o COAF e o MP⁹⁰.

4. A EXIGÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO DAS INTERAÇÕES ENTRE O COAF E O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CONDIÇÃO DE UTILIZABILIDADE DO RIF NO PROCESSO PENAL

A exigência de *formalização* das interações entre o COAF e os órgãos de investigação criminal constitui *garantia institucional* da realização de dois *direitos fundamentais* (veiculados por normas-princípio) distintos e complementares entre si: (i) sob o prisma substancial, o *princípio da autonomia informacional*; e (ii) sob o prisma processual, o *princípio do devido processo legal*. Como já se disse anteriormente, o direito a conhecer o

88. Conforme enunciado pelo Ministro Edson Fachin, “as informações recebidas pela UIF e a análise empreendida, aspectos materializados em Relatório de Inteligência Financeira, podem se revelar aptas, em tese, à reconstrução histórica de um determinado fato, circunstância suscetível, se for o caso, de indispensável e oportuno exercício do contraditório e valoração em sede judicial respectiva”. (fl. 23 do voto. Disponível em: [https://static.poder360.com.br/2019/11/EdsonFachin-voto.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.). Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, propôs a seguinte tese: “[é] constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.” (fl. 73 do voto. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1055941votoMin.AM.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

89. Cf., sobre o tema, o meu: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. A exigência de formalização dos atos investigatórios no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, v. 1, p. 10-12, 2015. O direito italiano tem enfatizado, com razão, a necessidade de fiscalizar o respeito à legalidade também em relação à dinâmica com que a prova ingressa no procedimento probatório. Cf., sobre o tema, PADOVANI, Tullio. Il crepuscolo della legalità nel processo penale. *Indice Penale*, v. 2, p. 527, 1999.

90. A tese fixada no julgamento do RE 1.055.941 assentou que “[o] compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, TP, RE 1.055.941/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.12.2019.)

conteúdo, a origem e o destino de todos os dados pessoais obtidos e tratados pelo poder público deve contar com uma garantia de *efetivo controle* sobre a circulação desses dados⁹¹. Atentando-se para o vetor segundo o qual quanto mais grave for a intervenção no direito à proteção de dados pessoais mais rigorosos devem ser as exigências procedimentais de *transparência* e *rastreabilidade*, conclui-se, com facilidade, que a *interação* e a *troca de informações* sigilosas entre o COAF e o Ministério Público estão sujeitos ao mais *intenso escrutínio procedimental*, o que envolve principalmente a devida *formalização* de todo o processo de *obtenção, armazenamento, processamento e transmissão* de informações. Esse é o sentido que se deve atribuir à tese fixada pelo STF no julgamento do RE 1.055.941/SP ao afirmar que

“o compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil [...] deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios”⁹².

Com efeito, a *documentação* da atividade de inteligência financeira possibilita ao imputado conhecer como as suas informações pessoais sigilosas foram obtidas, tratadas e disseminadas pela unidade de inteligência financeira⁹³. Nesse sentido, tal exigência de integral formalização da interação entre o COAF e Ministério Público proporciona ao investigado o exercício do direito afirmado pelo STF de apurar e corrigir eventuais desvios em que porventura os agentes públicos de inteligência ou de repressão criminal tenham incorrido. Em perspectiva mais ampla, portanto, a *procedimentalização* da interação entre a unidade de inteligência financeira e o Ministério Público realiza as metas de *transparência* e *rastreabilidade* do modo como os dados pessoais do investigado foram tratados tanto pela UIF como pelo órgão de repressão criminal, permitindo o controle sobre a intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais dos investigados.

Ao direito fundamental titularizado pelos investigados à *autodeterminação informacional*, deve corresponder um mecanismo processual apto a fazer tutelar eventual ofensa

91. MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 207-208, 2019.

92. Cf. notícia completa sobre o resultado do julgamento divulgada pelo sítio oficial do STF, disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431690&ori=1>]. Acesso em: 17.05.2020.

93. Como dito, a autodeterminação informacional é “a *prerrogativa individual de impedir a indevida recolha, armazenamento, utilização e transmissão de seus dados pessoais. Com esse signo, é também instrumento de proteção da privacidade e da intimidade*”. Desse direito, decorre a prerrogativa de “*saber quem fez a recolha e a respectiva finalidade, poder acessar e conhecer os dados recolhidos, de prestar esclarecimentos a seu respeito, ofertar contestação e demandar pela retificação, atualização, eliminação e não difusão dos dados pessoais*”. (KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Leme: JH Mizuno, 2019. p. 310.)

a esse direito⁹⁴. Isso porque o direito à tutela jurisdicional implica, de um lado, a exclusão de qualquer *discriminação subjetiva* quanto à titularidade da garantia⁹⁵, e, de outro, a *efetiva possibilidade de tutela da situação substancial*, levada à apreciação do Poder Judiciário, o que significa reconhecer uma inter-relação entre o direito material e o processo⁹⁶. O *direito à tutela jurisdicional*, especialmente no campo da autodeterminação informacional, não pode se resumir a mera inscrição constitucional, mas, ao reverso, há de ser *efetivo*, ou seja, o preceito constitucional há de ser cumprido não apenas na *forma*, mas na sua *substância*⁹⁷. Nesse contexto, a formalização da atividade de inteligência é a única maneira de garantir ao imputado o conhecimento – e, portanto, o controle – do manejo dos seus dados pessoais pela unidade de inteligência financeira.

Do ponto de vista processual, o registro da atividade de inteligência financeira é necessário para garantir que o tratamento dos dados pessoais do investigado seja levado a efeito em conformidade com o devido processo legal. A formalização dos atos da agência de inteligência financeira propicia a reconstrução histórica do RIF – desde a obtenção dos dados sigilosos pela UIF, passando pela produção do relatório e seu posterior compartilhamento com as autoridades investigativas, até a sua incorporação definitiva no processo criminal. Esse registro é fundamental para o controle da *cadeia de custódia* da prova, mais particularmente da *integridade* do processo que resulta na confecção e no compartilhamento do RIF⁹⁸. Tal como decidiu a Corte Constitucional da Colômbia sobre

94. A propósito da relação entre direito à tutela jurisdicional efetiva e os direitos fundamentais de índole material, vale registrar a contribuição, no Brasil, de MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.ensinosuperior.org.br/atividades_complementares/direito/docs2012/5e7/tutela.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.

95. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Pádua: Cedam, 1970.

96. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Pádua: Cedam, 1970.

97. Presentemente, respeitável corrente doutrinária, levando o processo às suas últimas consequências *finalísticas*, ou seja, de *efetivo instrumento* de proteção ao direito da parte, assim entendido este último no seu mais amplo sentido, propugna pela preocupação, em primeiro lugar, de assegurar, judicialmente, esse direito, devendo o processo atender à consecução dessa finalidade. Para tanto, bate-se por uma revisão dogmática dos escopos do processo e da jurisdição, de modo a proporcionar esta os objetivos da *efetividade substancial* da proteção buscada pelo acesso ao Poder Judiciário. Essa visão do processo, sem dúvida saudável e digna de aplausos, decorre da *instrumentalidade do processo*, vista por uma grandeza maior do que, pura e simplesmente, a de simples meio de apreciação da pretensão processual. Esta é tese muito bem exposta em DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990.

98. Segundo Gustavo Badaró, a preservação da cadeia de custódia é “*um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantir sua identidade, integridade e autenticidade*”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua*

essa específica controvérsia, embora o administrado não tenha direito a obter, no ciclo de inteligência, informações a respeito do processamento de seus dados pessoais pela UIF, passa a ter o direito a conhecer todo o processo de interação entre a unidade de inteligência financeira e o Ministério Público a partir do momento em que tais informações tratadas pela UIF sejam utilizadas como meio de obtenção de prova em sede de investigação criminal⁹⁹.

Recentemente, a Lei 13.964/2019 positivou o conhecido instituto da *cadeia de custódia* no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰⁰, embora o seu conteúdo normativo já estivesse presente na lei processual e contasse com largo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial¹⁰¹. Apesar de o diploma legal ter concebido a cadeia de custódia com um sentido estreito de preservação da integridade de vestígios¹⁰², a doutrina tem ressaltado há muito que a exigência da preservação da cadeia de custódia se aplica a toda e qualquer *prova real* – e não apenas a vestígios materiais –, inclusive aquelas obtidas por meio informático a partir do uso de técnicas mais modernas de investigação¹⁰³. A nova disciplina

relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 523.)

99. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-851/05*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 17 ago. 2005.
100. É condição de validade de qualquer prova a sua submissão ao juiz mediante contraditório e ampla defesa, para o que é necessária a preservação da cronologia da prova. A preservação da cadeia de custódia é exigência decorrente diretamente da cláusula do devido processo legal. E, portanto, independe de expressa previsão legal. Trata-se, em verdade, de um constrangimento epistemológico ao livre convencimento judicial. Como assinala Geraldo Prado, “a inexistência de expressa previsão legal da ‘prova sobre a prova’, no contexto de uma investigação penal, não implica na impossibilidade da controvérsia ou em sua impertinência [...]. Considera-se, pois, que a formação e preservação do elemento probatório sejam cercadas de cuidados, independentemente da previsão expressa de regras processuais penais no direito ordinário”. (PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 90 e 95.)
101. Cf., nesse sentido, MENEZES, Isabela Aparecida de. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista brasileira de direito processual penal*, v. 4, n. 1, p. 277-300, 2018; e EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 120, p. 237-257, 2016.
102. “Art. 158-A. *Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.*” (BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 17.05.2020.)
103. Nesse sentido, Gustavo Badaró enuncia que “*embora a cadeia de custódia esteja normalmente ligada à prova científica, e mais especificamente, à perícia de laboratório, sua aplicação é mais ampla, estando relacionada com qualquer fonte de prova real*”. Ainda, segundo o autor, “[t]ambém se poderá pensar na cadeia de custódia nos casos de ‘coleta’ ou ‘apreensão’ de elementos ‘imateriais’ registrados eletronicamente”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas*

legal enfatiza, ademais, a ideia de que, no processo criminal, a preservação da cadeia de custódia da evidência é um ônus atribuível à acusação¹⁰⁴.

A troca de informações e de dados entre o COAF e o Ministério Público consubstancia *documentos informáticos* – informações com valor probatório memorizados ou transmitidos em formato digital¹⁰⁵ – sobre os quais incidem igualmente o dever de preservação da integridade de todo o complexo e articulado procedimento de inteligência financeira, que compreende uma sequência, cronológica e finalisticamente orientada, que vai desde o momento em que se recolhem os dados que integram o RIF, passa pela fase de tratamento dos dados e chega até o instante do compartilhamento com o órgão de persecução criminal¹⁰⁶. Ademais, esse protocolo de documentação e preservação de todo o processo de produção de documentos informáticos e da sua recepção no procedimento

atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 522). Cf. sobre o tema no direito comparado, ONG, Walter J. *Oralità e scrittura: Le tecnologie della parola*. Bolonha: il Mulino, 1986. p. 139 e ss.

104. Mesmo antes da novel legislação, Gustavo Badaró já alertava para a circunstância de que “nos sistemas em que a investigação criminal está atribuída a órgãos estatais, é função dos agentes estatais, que têm contato com a fonte de prova real, a documentação da cadeia de custódia”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 522). O direito italiano é didático ao afirmar que cabe exclusivamente à acusação convencer o juiz da existência do fato histórico afirmado por meio das evidências por ela adquiridas, daí por que é também a acusação que deve sofrer as consequências processuais desvantajosas decorrentes da não satisfação desse ônus probatório. Cf. CONTI, Carlotta. Al di là di ogni ragionevole dubbio. In: SCALFATI, Adolfo (Coord.). *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*. Milão: Ipsoa, 2006, p. 102 e ss.
105. Essa definição de documento informático é adotada pelo SCIENTIFIC WORKING GROUP ON DIGITAL EVIDENCE. *Document Digital Evidence: Standards and Principles*. Disponível em: [www.fbi.gov/about-us/lab/forensics-scienczcommunications/fsc/april2000/swgde.htm]. Acesso em: 17.05.2020. No mesmo sentido, a definição adotada pelo CONSELHO DA EUROPA. *Guida alla prova digitale. Linee guida per polizia giudiziaria e autorità giudiziaria*. Disponível em: [www.coe.int/cybercrime]. Acesso em: 17.05.2020.
106. Cf. sobre essa particular dimensão da controlabilidade do procedimento de formação dos documentos informáticos, TONINI, Paolo. Documento informatico e giusto processo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, p. 406, 2009. No Brasil, é relevante observar que o art. 5º, X, da Lei Geral de Proteção de Dados, estabelece que o tratamento dos dados considera todas as operações realizadas com manuseio de dados, contemplando, mas não se limitando, a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm]. Acesso em: 17.05.2020.)

investigatório corresponde às melhores práticas consolidadas na praxe investigativa internacional¹⁰⁷.

A integral documentação (i.e., preservação da cadeia de custódia) dos relatórios produzidos pelo COAF e compartilhados com órgãos de persecução penal propicia, a um só tempo, (i) o *controle de legalidade dos atos estatais*, ao permitir ao imputado conhecer como os seus dados foram obtidos, tratados e disseminados¹⁰⁸; (ii) a *qualidade das decisões judiciais*, pois garante que os elementos de prova que serão levados em consideração pelo juiz na sentença de mérito são autênticos, íntegros e lícitos¹⁰⁹; e (iii) o *efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa*, na medida em que permite ao imputado verificar, em especial, a integridade e a licitude do relatório resultante da atividade de inteligência financeira, bem como a legitimidade da sua incorporação ao procedimento criminal.

Em última análise, é a forma adequada de emprestar concretude ao contraditório e à ampla defesa. Às partes, deve ser assegurado o direito de influenciar efetivamente o processo decisório, o que somente ocorrerá caso puderem conhecer todo o procedimento que levou à incorporação do RIF no processo criminal. Nesse sentido, a necessidade de formalização do compartilhamento de dados pelo COAF para fins penais se insere na regra geral de contraditório diferido¹¹⁰, segundo a qual as provas produzidas fora do processo somente se reputarão válidas – e, portanto, admissíveis no processo – desde que submetidas oportunamente ao contraditório¹¹¹. A propósito, a doutrina italiana é particu-

107. Cf., sobre essa experiência comparada, LORENZETTO, Elisa. Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica. In: LUPÁRIA, Luca (Coord.). *Sistema penale e criminalità informatica*. Milão: Giuffrè, 2009. p. 150.

108. Cf., a propósito, ZACCHÉ, Francesco. La prova documentale. In: UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo. *Trattato di procedura penale*. 19. ed. Milão: Giuffrè, 2012. p. 17.

109. A preservação da cadeia de custódia garante a integridade e a confiabilidade da prova. Portanto, reduz as possibilidades de um provimento judicial injusto. Cf., a propósito, PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 94-95. Sobre o tema, Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa afirmam que “[a] luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível”. (LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal]. Acesso em: 17.05.2020.)

110. Nos termos da jurisprudência do STF e do STJ, é condição de validade da prova produzida fora do processo a sua posterior submissão ao contraditório (contraditório diferido), nos termos do art. 372 do CPC. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª T., Inq 4.023/AP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.08.2016, *DJe* 01.09.2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CE, EREsp 617.428/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2014, *DJe* 17.06.2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T. AgRg no REsp 1.690.449/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 26.11.2019, *DJe* 05.12.2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª T., REsp 1.485.103/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.06.2018, *DJe* 22.06.2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., AgRg no AREsp 1.404.660/SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19.11.2019, *DJe* 28.11.2019.

111. Segundo Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa, “[a] preservação das fontes de prova é, portanto, fundamental, principalmente quando se trata de provas cuja produção ocorre fora do processo. Trata-se de verdadeira condição de validade da prova”. (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes.

larmente enfática ao explicitar que integra o conceito de *contraditório objetivo* a noção de *cognoscibilidade*, ou seja, o conhecimento sobre todos os atos de aquisição, integralidade e genuinidade da prova¹¹². Afinal, só se pode exercer plenamente o contraditório se todos os passos que conduziram à produção da prova são plenamente conhecidos.

Ao fim e ao cabo, tais cautelas procedimentais têm em sua base a ideia de aplicar ao COAF parâmetros equivalentes àqueles que norteiam o intercâmbio de informações entre a Receita Federal do Brasil e o Ministério Público, respeitadas as devidas diferenças operacionais entre os dois órgãos¹¹³. No julgamento das ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que resultou na declaração de constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, o Supremo Tribunal Federal assentou que a obtenção de informações acobertadas por sigilo fiscal por parte da Receita Federal do Brasil deve ocorrer por meio de processo administrativo que conte com a participação do contribuinte, a fim de lhe oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa¹¹⁴. Portanto, nos casos de investigação criminal instaurada a partir de encaminhamento de *notitia criminis* pela RFB, o contraditório é prévio ao próprio compartilhamento de provas com os órgãos de investigação criminal. No caso da UIF, entretanto, o exercício do contraditório deve ser postergado para o momento da incorporação do RIF no processo criminal, já que o investigado não participa da obtenção dos dados sigilosos – considerando a natureza insidiosa da atividade de inteligência financeira¹¹⁵. Como acentua a doutrina, a ausência de participação

A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal]. Acesso em: 17.05.2020.)

112. Cf. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 16. ed. Milão: Giuffrè, 2015. p. 500 e ss.

113. Nos termos do art. 6º da LC 105/2001, “[a]s autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”. (BRASIL. Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm]. Acesso em: 17.05.2020.) E, nos termos do art. 198, § 2º, do CTN, “[o] intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo”. (BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm]. Acesso em: 17.05.2020.)

114. Confira-se, nesse sentido, o quanto registrado pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento do RE 1.055.941/SP a propósito do julgamento que reconheceu a constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela Receita Federal do Brasil para fins de constituição do crédito tributário. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotorelatorRE1055941.pdf]. Acesso em: 17.05.2020).

115. Nesse sentido, o STJ firmou entendimento no sentido de que “a condenação pode ser fundamentada em elementos colhidos no inquérito, desde que submetidos ao crivo do contraditório. 2. O exercício do contraditório sobre as provas não repetíveis, obtidas em razão de interceptação telefônica ou de busca e apreensão judicialmente autorizadas é diferido para a ação penal porventura deflagrada, já que a sua

prévia do administrado nas fases de obtenção e tratamento dos dados no ciclo de inteligência financeira recomenda maior rigor na preservação de toda a reconstrução histórica do meio de prova consubstanciado no relatório de inteligência financeira¹¹⁶.

5. CONCLUSÃO

No julgamento do RE 1.055.941/SP, o Ministro Luís Roberto Barroso advertiu sobre as formalidades que devem circunscrever o tratamento de dados sigilosos pela Receita Federal do Brasil, de resto aplicável ao COAF:

“[t]odos os atos desses procedimentos devem ser formais: a comunicação pela instituição financeira, a requisição de documentos pela Receita Federal e o encaminhamento ao Ministério Público. Não há espaço para pedidos informais, curiosidade, bisbilhotice e muito menos perseguição. [...] É preciso que o ato seja documentado e motivado, para que se saiba quem fez, quando fez e por que fez.”¹¹⁷

Exatamente pelas mesmas razões, não se pode prescindir da precisa e integral formalização do compartilhamento de provas entre o COAF e o Ministério Público. A completa documentação dessa interação constitui exigência de legitimação da restrição dos direitos fundamentais dos administrados e condição para atribuição de plena validade à utilização do RIF no processo penal¹¹⁸. Esse dever de registro e completa documentação das interações entre o COAF e órgão de persecução criminal foi explicitamente afirmado pelo Ministro Dias Toffoli nos seguintes termos:

natureza não é compatível com o prévio conhecimento do agente que é o alvo da medida”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1.292.124/PR, rel. Min. Jorge Mussi, j. 14.09.2017, DJe 20.09.2017.)

116. Nesse sentido, Vitor Paczek Machado e Ivan Jezler Junior advertem que “a preservação das fontes de prova se revela um dado fundamental, sobretudo cuja obtenção e produção ocorrem fora do processo, através de meios ocultos de investigação”. (MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da súmula vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, v. 24, n. 288, p. 08-09, 2016).
117. Fl. 18 do voto. Disponível em: [<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/11/RE-1055941-Luis-Roberto-Barroso-vota-contra-restricoes-a-Receita-e-a-UIF.pdf>]. Acesso em: 17.05.2020.
118. Nesse sentido, cf. a Recomendação 29 do GAFI: “[a]s informações recebidas, processadas, mantidas ou disseminadas pela UIF deveriam ser protegidas e trocadas de forma segura, e usadas apenas de acordo com os procedimentos, políticas e leis e regulamentações aplicáveis acordados. Dessa forma, uma UIF deverá possuir regras vigentes que governem a segurança e confidencialidade de tais informações, inclusive procedimentos de manuseio, armazenamento, disseminação e proteção de tais informações, assim como o acesso a elas.”

“Sob essa perspectiva, por entender preservada a intangibilidade da intimidade e do sigilo de dados, que gozam de proteção constitucional (art. 5º, incs. X e XII, da CF), não há dúvidas para mim quanto a possibilidade da UIF compartilhar relatórios de inteligência (RIF por intercâmbio) por solicitação do Ministério Público, da Polícia ou outras autoridades competentes.

Mas a sua disseminação deve ser feita única e exclusivamente mediante seus sistemas eletrônicos de segurança que deverão ser certificados, com registro de acesso (como já é feito via SISCOAF/SEIC) e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios, caso não existente.” (sic)

A exigência de formalização das interações entre UIF e Ministério Público ganha especial relevo nos casos de *requisição* ministerial para confecção de relatórios de inteligência de pessoas sob investigação, contexto em que os riscos de desvios e abusos se tornam ainda mais evidentes, tudo a recomendar a adoção de *intenso controle procedimental*, único antídoto contra o desvio ou o abuso de poder¹¹⁹. Nesse campo, deve-se orientar pela máxima segundo a qual *não há prova perfeita*, insuscetível de confrontação com as regras materiais e processuais que condicionam a sua validade mediante a garantia do contraditório¹²⁰. Isso significa dizer que todos os meios de obtenção de prova acionados pela acusação devem contar com integral registro e documentação no procedimento investigatório. Tal exigência se torna ainda mais relevante no contexto da interação entre a unidade de inteligência financeira e o órgão de persecução criminal, considerada a necessidade de garantia do *imperativo de separação entre as atividades de inteligência financeira e investigação criminal*¹²¹.

119. Em relação ao compartilhamento de provas pela RFB, o Ministro Luís Roberto Barroso, embora não tenha reconhecido a ilicitude dos relatórios por encomenda, chegou a afirmar que: “o caminho inverso, todavia, não é legítimo: o Ministério Público requisitar à Receita Federal, de ofício, informações protegidas pelo sigilo fiscal. Nesse caso, impõe-se a prévia autorização judicial.” (fl. 19 do voto. Disponível em: [https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/11/RE-1055941-Luis-Roberto-Barroso-vota-contra-restricoes-a-Receita-e-a-UIF.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.)

120. Essa advertência – segundo a qual não há no processo penal a chamada “prova perfeita” – está presente no debate italiano sobre a desconfiança que deve permear o controle de legalidade de todas as modalidades de obtenção de prova, inclusive àquelas denominadas “informáticas” ou “científicas”. Cf. DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Milão: Giuffrè, 2005.

121. Essa preocupação foi bem sintetizada por Antônio Pitombo: “Fatos recentes demonstram que, em detrimento da proteção constitucional e legal do sigilo bancário (art. 5º, X e XII, e art. 60, parágrafo 4º, da CR c.c. Lei Complementar 105/01), bem como do controle de jurisdição quanto à matéria, o Ministério Público passou a requisitar informações e serviços de investigação de dados ao COAF, como se o conselho servisse a esse objetivo ilegítimo. Em verdade, outra vez renasce a antiga moléstia, ou obsessão dos perseguidores públicos: querem esconder atividades investigativas, realizadas em procedimentos de gabinete, tanto do investigado como dos defensores, bem assim dos juízes naturais. Inacreditável tal doença ainda atormentar as cabeças

6. BIBLIOGRAFIA

- AMODIO, Ennio. Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 432-439, 2004.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Entrevista com Friedrich Müller. In: *Seqüência: Revista do Curso de Pós-graduação em direito da UFSC*, v. 25, n. 51, p. 9-30, dez. 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Pádua: Cedam, 1970.
- CONTI, Carlotta. Al di là di ogni ragionevole dubbio. In: SCALFATI, Adolfo (Coord.). *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*. Milão: Ipsoa, 2006.
- CORDERO, Franco. Il procedimento probatório. In: *Tre studi sulle prove penali*. Milão: Giuffrè, 1963.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madri: Tecnos, 1990.
- CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 104, p. 35-60, abr.-jun. 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milão: Giuffrè, 2005.
- EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 120, p. 237-257, 2016.
- FIGUEIREDO, Ticiano; VELLOSO, Pedro Ivo; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. UIF não é uma zona livre para o Ministério Público e para as polícias.

de quem denominamos promotores de Justiça.” (PITOMBO. Antônio Sérgio A. de Moraes. O Ministério Público e a Unidade de Inteligência Financeira (COAF). JOTA, 19 nov. 2019. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-ministerio-publico-e-a-unidade-de-inteligencia-financeira-coaf-19112019]. Acesso em: 17.05.2020.)

- Artigo publicado no *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-04/opiniao-uif-nao-zona-livre-mp-policias]. Acesso em: 17.05.2020.
- GALANTINI, Maria Novella. Considerazioni sul principio di legalità processuale. *Cassazione Penale*, n. 6, p. 1992, 1999.
- GARCÍA, Francisco Javier Álvarez. El acceso por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a ficheros de datos personales. In: PENALVA, Ernesto Pedraz (Coord.). *Protección de datos y proceso penal*. Madri: La Ley, 2010.
- GAROFOLI, Vincenzo. Miopia legislativa e politica dell'emergenza nei falsi equilibri della legge processuale penale. In: *Diritto penale e processo*, v. 14, p. 5-99, 2008.
- GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Leme: J. H. Mizuno, 2019.
- KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012.
- LOPES JR., Aury; ROSA; Alexandre Moraes da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal]. Acesso em: 17.05.2020.
- LORENZETTO, Elisa. Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica. In: LUPÁRIA, Luca (Coord.). *Sistema penale e criminalità informatica*. Milão: Giuffrè, 2009.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Informatica per le scienze sociali*. Turim: Giulio Einaudi Editore, 1985.
- MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônico-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da súmula vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, v. 24, n. 288, p. 08-09, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.ensinosuperior.org.br/atividades_complementares/direito/docs2012/5e7/tutela.pdf]. Acesso em: 17.05.2020.
- MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational Development of Data Protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc (Eds.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: The MIT Press, 2001.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, jul.-dez. 2019.

- MENEZES, Isabela Aparecida de. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 277-300, 2018.
- ONG, Walter J. *Oralità e scrittura: Le tecnologie della parola*. Bolonha: il Mulino, 1986.
- PADOVANI, Tullio. Il crepúsculo della legalità nel processo penale. *Indice Penale*, v. 2, p. 527-543, 1999.
- PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie* – Studi di diritto processuale penale: raccolti da Giovanni Conso. Milão: Giuffrè, 2009.
- PESSOA, Adriano Monte. A atividade de inteligência da Receita Federal no Combate aos Crimes contra a Ordem Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 198, p. 7-12, 2012.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. O Ministério Público e a Unidade de Inteligência Financeira (COAF). *JOTA*, 19 nov. 2019. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-ministerio-publico-e-a-unidade-de-inteligencia-financeira-coaf-19112019]. Acesso em: 17.05.2020.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. *Revista EMERJ*, v. 20, n. 3, p. 296-318, set.-dez. 2018.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- SILVA, Philipe Benoni Melo e. *Fishing Expedition: A pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação*. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017]. Acesso em: 17.05.2019.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges de. A exigência de formalização dos atos investigatórios no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, v. 1, p. 10-12, 2015.
- TONINI, Paolo. Documento informatico e giusto processo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, p. 401-406, 2009.
- TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 16. ed. Milão: Giuffrè, 2015.
- UGARTE, Jose Manuel. *Legislación de inteligencia: especialización y control, legitimidad y eficacia*. Guatemala: Serviprensa, 2000.
- WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ZACCHE', Francesco. La prova documentale. In: UBERTIS, Giulio; VOENA, Giovanni Paolo. *Trattato di procedura penale*. 19. ed. Milão: Giuffrè, 2012.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- As novas resoluções do banco central e da comissão de valores mobiliários e o sigilo dos dados compartilhados na forma da Lei 9.613/1998, de Nina Ribeiro Nery de Oliveira – *RDPEC 4/163-193* (DTR\2020\14544);

EM BUSCA DA TUTELA CAUTELAR PENAL: O PROCEDIMENTO COMO MECANISMO ALARGADOR DO CAMPO COGNITIVO JUDICIAL NA FORMAÇÃO DA DECISÃO CAUTELAR

*CRIMINAL PROVISIONAL REMEDY: THE PROCEDURE AS AN EXTENSION MECHANISM
OF THE JUDICIAL COGNITIVE FIELD IN THE CONSTRUCTION OF PROVISIONAL DECISION*

BRUNNA LAPORTE CAZABONNET

Doutora em Ciências Criminais pela PUC-RS (Bolsista Capes). Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS (bolsista Pró-Bolsas). Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Professora de Processo Penal e Direito Penal pela Urcamp, Campus Alegrete e São Gabriel/RS, e da Faculdade São Francisco de Assis, Porto Alegre/RS. Advogada.

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1209-2240>].

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4292166493340959>].

brunnalaporte@hotmail.com

Recebido em: 18.05.2020

Aprovado em: 31.10.2020

Última versão da autora: 26.11.2020

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo tem por finalidade o estudo da tutela cautelar no processo penal e foi dividido em três blocos. O primeiro busca a justificação do processo penal e, a partir dela, delimita o que pode ser compreendido por necessidade cautelar. Para aprofundar o conhecimento sobre essa última, na segunda etapa, são examinados os requisitos e fundamentos das medidas cautelares pessoais. Por derradeiro, para que se possa falar em uma cautelaridade penal, amoldada a um processo penal de cunho acusatório, é sinalizada a necessidade de elaboração de um procedimento cautelar. O problema orientador pode ser sintetizado com a seguinte questão: como construir uma tutela cautelar, própria à senda penal, para aplicação de medidas de caráter

ABSTRACT: This paper aims to verify the provisional remedy in criminal proceedings and it was divided into three study blocks. The first one pursues the justification of the criminal procedure and, from there, it delimits what can be understood by provisional necessity. In order to broaden the knowledge regarding this issue, the requirements and the foundations of personal provisional remedy are considered in the second stage. Lastly, in order to be able to discuss the criminal provisional remedy, which conforms to an accusatory criminal procedure, we must establish a provisional procedure. The pilot problem can be summarized with the following question: how can we construct our own criminal provisional remedy for the application of

pessoal, que se adeque a um processo penal de matriz acusatória? Como hipótese, trabalhou-se com a necessidade de avançar na discussão sobre a forma de aplicação de medidas cautelares pessoais, superando a concepção de medidas autônomas para adentrar em um procedimento cautelar, como caminho necessário à elaboração de uma decisão, que restringe direitos fundamentais prematuramente, ainda que a título cautelar. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela cautelar penal – Necessidade cautelar – Procedimento cautelar – Medidas cautelares pessoais.

personal measures that are suitable for criminal prosecution of accusatory matters? Hypothetically speaking, we built on the need of making a discussion that moves forward in relation to the application of personal provisional measures, beyond the conception of autonomous measures. The provisional procedure was considered necessary to elaborate a decision, which prematurely restricts fundamental rights, even if only as a provisional measure. The methodology used was the bibliographic review.

KEYWORDS: Criminal procedure – Criminal provisional remedy – Provisional necessity – Provisional procedure – Personal provisional measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo penal e a necessidade cautelar. 3. A aproximação entre a prisão processual e a prisão penal. 4. Os requisitos e os fundamentos das medidas cautelares pessoais. 5. A construção de um procedimento para a aplicação de medidas cautelares pessoais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre a necessidade de ampliação de estudos sobre a tutela cautelar penal no Brasil. O que ganha ainda maior relevância se contextualizada a situação carcerária atual, que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, supera os 800 mil encarcerados, dos quais mais de 40% são presos cautelares.

Destaca-se que a construção da cautelaridade penal contemporânea tem como matriz o Código de processo penal datado de 41, principalmente no que toca ao modo de decidir em matéria cautelar, já que as reformas, procedidas no ano de 2011 e 2019, mantiveram, de forma geral, intocada essa parte do texto legal. Desse modo, questiona-se a possibilidade de o emprego de medidas cautelares pessoais autônomas ser uma expressão dessa matriz, de forma a privilegiar a decisão discricionária e vertical na aplicação da prisão cautelar.

Portanto, o problema orientador da pesquisa se cinge ao como construir uma tutela cautelar adequada à seara penal, para aplicação de medidas de caráter pessoal, que se amolde a um processo penal de cariz acusatório? Como hipótese, sustenta-se a necessidade da construção de um procedimento cautelar como forma de alargar a cognição judicial na matéria. Com isso, o principal objetivo da pesquisa é erigir uma cautelaridade penal, de cunho acusatório, que respeite as categorias próprias do processo penal.

O caminho percorrido nessa pesquisa é apresentado aqui em três eixos teóricos. O primeiro desenvolve a justificação do processo penal a partir do marco constitucional, de modo que se supera a visão do processo como instrumento empregado exclusivamente para o exercício do poder punitivo estatal. Agrega-se a concepção do processo como instrumento apto a maximizar a eficácia de um núcleo de garantias e direitos fundamentais. Na sequência, trata-se da necessidade cautelar nesse marco teórico.

Em um segundo tópico, são desenvolvidos os requisitos e os fundamentos de aplicação de medidas cautelares pessoais. Questionando-se, inclusive, a legitimidade daqueles que são tradicionalmente aceitos na doutrina como propriamente cautelares. Por fim, na última etapa do trabalho, sustenta-se como imprescindível a modificação da forma de construção da decisão cautelar. Para tanto, aponta-se como caminho a elaboração de um procedimento cautelar penal. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica.

2. O PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE CAUTELAR

Inicialmente, para explicitar o âmbito de uso de medidas cautelares pessoais, escolheu-se esclarecer alguns pontos que concernem àquilo que se vê como a justificação do processo penal, para logo após abordar quando se encontra presente neste a necessidade de lançar mão de medidas cautelares pessoais restritivas de direitos. Portanto, explana-se que é partindo da ideologia adotada para legitimar o processo penal que se entende o campo de aplicação de quaisquer medidas.

Busca-se essa ideologia na Constituição Federal, tendo em vista que é hierarquicamente superior e reitora de todos os demais diplomas normativos nacionais. A Constituição de 1988 inaugurou uma nova etapa política e histórica e arrolou no artigo 5º aquelas que são as garantias e direitos fundamentais. Foi um ajuste importantíssimo aos anseios da época pós-ditatorial. E, por essa razão, os atores envolvidos no processo penal passaram a postular um novo CPP, apto a representar esse período recente, já que basta uma rápida leitura da sua exposição de motivos para constatá-lo em total desarmonia com os fins colimados na carta política.

O texto mencionado é formulado a partir de um marco autoritário. Fala em garantias e direitos individuais, como estímulos à expansão da criminalidade; contrapõe interesses individuais aos coletivos; aborda o amorfo bem comum e a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva, ao passo que busca restringir o *in dubio pro reo* por crer nos “formalismos” do processo penal um grande entrave à rigorosa aplicação da lei penal. No tópico sobre sentença, afirma que o interesse da defesa social não pode ser afetado pelo interesse pessoal dos criminosos. Por esses poucos pontos trazidos,

constata-se o local onde repousa o processo penal, que se mostra repleto de concepções e aponta como sua única faceta o alcance da punição.¹

Não obstante, enquanto não advém um novo código, imperativa é a sua interpretação a partir dos diversos preceitos constitucionais que condicionam o processo penal. “Os reflexos da Constituição da República [...] são inúmeros e impõem a releitura de várias de suas normas, mormente no que concerne ao embasamento, processamento, cumprimento e prazo de duração da prisão provisória.”² Tudo isso se está a dizer para enfatizar que:

“É importante compreender que repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais).”³

Dessa forma, tem-se no processo penal um instrumento que tutela a liberdade, maximizando a eficácia de um núcleo de garantias e direitos fundamentais, e objetiva justificar fatos que atentem contra bens jurídicos elevados à condição de imprescindíveis para o *corpus* social. Ou seja, há um caráter aditivo, não de contradição desses dois eixos. O tempo do desenvolvimento do processo penal – sua razoável duração – é necessário para apaziguar a efervescência da vinda à tona da conduta delitiva e da sua punição, de modo a assegurar a sua investigação e persecução.

Esse lapso – entre fato e punição – reflete a rejeição do Estado por vinganças privadas e justiça sumária, que poderiam advir de uma decisão tomada no calor do momento ou mesmo por particulares. O Estado detém o poder de punir e chamou para si a jurisdição penal, de modo a evitar tribunais de exceção pós-fato voltados a concretizar os anseios de um ou outro sujeito. Delmanto é categórico ao abordar o tema:

“É por isso que o fundamento do processo penal é a tutela da liberdade jurídica do ser humano, consubstanciando-se, antes de mais nada, em um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição.”⁴

1. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: [http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF]. Acesso em: 10.08.2019.
2. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.
3. LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 9. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.
4. DELMANTO JUNIOR, Roberto. Op. cit., p. 8.

Nesse sentido, está-se a falar no instrumento indispensável ao sistema punitivo, pois não há pena sem processo, contudo, em um Estado que se quer democrático, o exercício do poder deve estar condicionado pelas garantias e direitos que estão postos na sua Carta Política, de modo a frear a arbitrariedade estatal. Por isso que a instrumentalidade processual penal ultrapassa o conceito de mecanismo necessário à punição e adquire sua legitimidade quando agrega o caráter garantidor, visto que tutela direitos indisponíveis – “parte” que o Estado se comprometeu a não ingerência.⁵

Explica Gloeckner que se o objetivo do Estado fosse apenas a punição, como detentor do poder punitivo, essa poderia ser concretizada com uma sumária demonstração de poder mediante a aplicação de uma sanção. Contudo, tendo-se como ponto de partida um Estado Democrático, “no qual até mesmo o *lupus* artificial necessita de legitimidade para seu agir, é bem crível que o exercício do poder deve estar condicionado a algum tipo de forma. Tal forma, como escudo protetor contra a arbitrariedade, (Binder) é o processo.”⁶

O processo entra aqui como o instrumento de defesa que possibilitará ao indivíduo apresentar as suas razões, ao passo que será também o único meio de se alcançar uma punição legítima em um Estado que, pela principiologia que pôs na sua Constituição, adota o sistema processual penal acusatório. O sistema acusatório garante a ampla defesa, o contraditório, a necessidade de motivação de decisões judiciais, a separação entre os órgãos que defendem, acusam e julgam, ao que se soma a presunção de inocência como princípio unificador subjacente dos demais.⁷ Com este último, se garante que a culpabilidade deve ser provada pelo acusador, reservando ao indivíduo o tratamento de inocente, tanto na esfera processual quanto fora dela.

É uma eleição de valor, nos termos de Ferrajoli, pois se paga o custo de ter algum culpado sem punição, mas se evita ao máximo o erro judiciário com a punição de um inocente. Desse modo, o processo e o respeito às suas regras e formas condicionam o poder de punir do Estado. Nas palavras de Lopes Jr., é um instrumento cuja:

“Instrumentalidade [...] é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas,

5. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 27-31.
6. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 31.
7. O princípio, se entendido no seu sentido pleno, representa pedra angular da ordem processual penal moderna, diretamente ligado às garantias de proteção mais importantes do indivíduo e mediatamente vinculado ao funcionamento correto do julgamento criminal. (ILLUMINATI, Giulio. *Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978. p. 925).

principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”⁸

Desse modo, a finalidade atribuída ao processo dentro do projeto constitucional será fundamental para delimitar o âmbito de aplicação de restrições antecipadas a direitos, avaliando sua necessidade, proporcionalidade e adequação. Assim como se tem no processo um instrumento para reconstruir um fato pretérito tido como criminoso e buscar a responsabilização daquele que lhe deu causa, vê-se nas medidas cautelares pessoais também um caráter instrumental, mas, nesse caso, atento aos fins colimados pelo processo, em vistas do seu andamento e provimento final. O processo é uma segurança do indivíduo frente ao Estado e do próprio Estado para punir situações que firam bens tidos como relevantes, de modo que a tutela penal será alcançada pelo processo de conhecimento e não por justiceiras medidas autônomas.

3. A APROXIMAÇÃO ENTRE A PRISÃO PROCESSUAL E A PRISÃO PENAL

Apesar de ser lugar comum falar dos malefícios da prisão, aqui se deve descortinar a estrutura dos institutos da prisão processual e da penal, que se revela, essencialmente, a mesma. Explica De Luca que as diferenças residem nas funções teleológicas que a via normativa lhes atribui, mas, quando se aplica medida cautelar restritiva de liberdade, estão-se antecipando os efeitos penais efetivamente.⁹

Del Pozzo dirá que o sacrifício do direito à liberdade é idêntico em ambas as formas de segregação, dando-lhes equivalência substancial.¹⁰ Amodio aprofunda a questão ao dizer que não importa se a finalidade é advinda do risco da reiteração ou de solapar o arcabouço probatório, a instrumentalidade do cárcere preventivo se mistura aos fins de prevenção da pena, aderindo ao movimento de presunção de culpa. Ao que se soma o critério da gravidade do delito, que é resíduo de uma visão punitiva da prisão preventiva.¹¹

Não é por outra razão que este trabalho se volta para essa questão, objetivando que se supere a segurança que supostamente emana da dogmática, da inclusão de medidas dentro do significativo cautelar, como se isso as blindasse de questionamentos. Ainda,

8. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 91.

9. DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*. Padova: CEDAM, 1953. p. 130-131.

10. DEL POZZO, Carlo Umberto. *La libertà personale: nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1962. p. 58-59.

11. AMODIO, Ennio. La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, Dott. A. Giuffrè editore, Anno X, Fasc. 3, 882-883, p. 1967. p. 882-883.

não se pode esquecer que, sendo a decisão penal uma grande bricolagem de significantes,¹² o juiz toma a sua decisão e depois busca, com a linguagem, dar-lhe legitimidade.

Dito isso, imperioso será o dismantelamento da cultura punitiva vigente, que perpassa o sistema penal como um todo, consolidando a hipertrofia da tutela cautelar, que, atualmente, é responsável por mais de 35% dos presos no Brasil.¹³

Nesse contexto, precisa é a questão posta por Illuminati, ainda na década de setenta, sobre até que ponto os fins indicados pela distinção tradicional – de que com a prisão-pena se está a punir e com a prisão-cautelar a resguardar o processo (encabeçada por Carrara) – correspondem ao uso real de detenção preventiva no processo. Explica o autor que a ausência de pressupostos e critérios legais de avaliação se inserem na tendência da estruturação das medidas cautelares restritivas de liberdade com fins de imediata punição. Assim, torna-se muito difícil orientar o magistrado para o uso constitucionalmente adequado dos seus poderes, quando não se garante uma aplicação uniforme de medidas coativas.¹⁴

O que ganha especial relevo no ordenamento jurídico brasileiro, que mantém o modo de formação da decisão cautelar intacta, apesar da recente reforma processual procedida no título da prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória (2019). A tutela cautelar penal tem suas raízes normativas no CPP dos anos 40, de caráter explicitamente autoritário, conforme destacado anteriormente. O que leva a questionar se a caracterização da tutela cautelar, com base em medidas autônomas, não seria uma manifestação dessa origem, uma vez que privilegia a formação solitária, vertical e discricionária da decisão.

Apesar de se compreender como fundamental essa linha de raciocínio exposta anteriormente, avança-se na exposição, pois não será objeto deste trabalho deslegitimar a tutela cautelar penal, seja pelas funções latentes que desempenha, seja por sua genealogia histórica. Dito isso, a análise crítica do instituto, neste momento, será incorporada para o pleito da contração máxima das hipóteses que autorizam a repressão penal imediata, ainda que a título cautelar. O ponto será melhor analisado adiante.

Dessa forma, deve-se destacar que a ótica majoritária, para a compreensão da tutela cautelar penal, permanece sendo realizada a partir de Calamandrei que, em seu curso sobre procedimentos cautelares, ministrado na Universidade de Florença, em 1934, classificou as medidas cautelares como subsidiárias em relação ao procedimento definitivo. É uma tutela mediata, que garante o funcionamento eficaz da justiça. As medidas cautelares “são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento”.¹⁵

12. Expressão cunhada por Alexandre Morais da Rosa quando aborda a decisão penal em sua tese de doutoramento.

13. BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Geopresídios. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 29.08.2019.

14. ILLUMINATI, Giulio. Op. cit., p. 962-963.

15. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000. p. 41-42.

Nessa linha de entendimento, Giacomolli cinge as medidas cautelares à tutela penal assecuratória e não antecipatória ou satisfativa.¹⁶ Isso é uma decorrência direta da constitucional presunção de inocência. Ainda, nesse sentido, é a posição de Schietti:

“Tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.”¹⁷

Desse modo, todas as medidas cautelares são instrumentais, e com isso se quer dizer que a aplicação de qualquer uma delas deve estar atrelada a uma situação fática que exija cautelaridade. Os referidos mecanismos não podem concretizar fins materiais próprios da pena. Todavia, a excepcionalidade da prisão processual, apenas quando presente a necessidade cautelar, não é a regra, dado que pode ser extraído dos índices de aprisionamento provisório, que em alguns estados do País atinge os números de 50% a 60% do universo carcerário.¹⁸

Percebe-se o “efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de ‘eficiência’ do aparelho repressor estatal e da própria justiça.”¹⁹ Dessa forma, tem-se confundido justiça com justiça penal.

4. OS REQUISITOS E OS FUNDAMENTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

No que toca ao exame da necessidade cautelar, Choukr aponta que este deve ocorrer pela análise do art. 282, e incisos,²⁰ e artigos 312 e 313, todos do CPP, não se voltando para digressões sobre questões de mérito.²¹

16. GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 102.

17. CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 138.

18. BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Geopresídios. Disponível em: [www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php]. Acesso em: 29.08.2019.

19. LOPES JR., Op. cit., p. 793.

20. Incisos que não sofreram alterações com a Lei 13.964/2019, chamada de pacote anticrime.

21. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 638-641.

Portanto, deve-se observar a disposição geral sobre a necessidade e a adequação da medida cautelar pretendida para o caso concreto. Verificando-se a materialidade e os indícios de autoria (*fumus commissi delicti*), ao que se soma a presença de algum dos quatro fundamentos do art. 312 (*periculum libertatis*), quais sejam: garantia da ordem econômica; garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal,²² sempre examinando as disposições do art. 313, principalmente no que toca ao *quantum* de pena do crime, fixado como um critério de proporcionalidade.

Ademais, a prisão preventiva não poderá ser decorrência obrigatória da conclusão de determinadas etapas da persecução criminal, devendo ser pautada na necessidade cautelar, perpassada pelo risco gerado pela liberdade do imputado.

Na doutrina processual penal contemporânea, não há maiores divergências no que toca ao caráter precipuamente cautelar dos fundamentos da conveniência da instrução criminal e da garantia da aplicação da lei penal, pois estão instrumentalmente vinculadas à eficácia do processo. Sustendo-se, em contrapartida, em maior ou menor medida, a não cautelaridade da garantia da ordem pública e da ordem econômica.²³

Utilizando a doutrina de Lopes Jr., em apertada síntese, pode-se dizer que, no que tange à garantia da ordem econômica, quando se está na iminência de uma lesão de grande magnitude econômica, em razão da suposta prática delitiva do acusado, a situação fática estaria melhor tutelada por medidas cautelares reais, que teriam o condão de barrar a atividade econômica fraudulenta. Por outro lado, a garantia da ordem pública, pela imprecisão do termo, abarcaria situações que não se enquadram na necessidade cautelar, mas que podem ser formalmente incluídas nesse significante, haja vista a sua vacuidade semântica.²⁴

Concorda-se com o autor no sentido de que esses dois fundamentos adquirem contornos de pena antecipada, pois não estão ao serviço do processo penal, mas ganharam funcionalidade própria, como instrumentos de justiça sumária, que trazem, antecipadamente, efeitos atribuídos à prisão penal (prevenção geral e especial).

Por outro lado, objetivando tencionar os fundamentos que, sem maiores divergências, são tidos como cautelares, acrescenta-se o posicionamento de Giamberardino ao já dito anteriormente quanto à equivalência substancial das restrições da liberdade

22. A reforma procedida pela Lei 13.964/2019, nesse ponto, mantém a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, como fundamentos da prisão preventiva, apesar de incluir a necessidade de que a restrição da liberdade, mediante a prisão preventiva, esteja atrelada ao perigo gerado, para o processo penal, pela liberdade do sujeito. Todavia, o novo § 2º, do art. 312, do CPP, estabelece a possibilidade de que a prisão preventiva se respalde no “receio de perigo”. Ou seja, enquanto o *caput* do artigo narra a necessidade de indicar o perigo gerado pela liberdade, o § antecipa o marco da cautelaridade dizendo que basta o “temor de”. BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 18.05. 2020.

23. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 634-637.

24. LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 644-653.

processuais ou penais. O autor confronta os fundamentos da conveniência da instrução criminal e o risco para a aplicação da lei penal com possíveis funções latentes, desenvolvidas a partir do discurso da existência de um sistema processual penal misto.

Desse modo, prender o réu, ainda que por fins endoprocessuais, esconderia a lógica inquisitiva da gestão e coleta da prova, coisificando o sujeito para poder extrair-lhe a verdade com o uso da violência do cárcere, desvinculando totalmente o processo de um meio de defesa do réu e de um espaço para que contradite seu acusador.

“Afirmar que a prisão processual é a expressão, por excelência, de uma estrutura essencialmente inquisitória, significa dizer ser ela o instituto através do qual a gestão da prova, que passa a ser também a gestão do imputado, concentra-se nas mãos do órgão julgador. Essa seria, grosso modo, uma função real efetivamente exercida pela prisão cautelar nesses casos.”²⁵

Sustenta Giamberardino que a posição processualista deu condições para a permanência da prisão como mecanismo legítimo sempre que a pauta na dura necessidade, assentando o conformismo de que assim deve ser, pois é um mal necessário, inviabilizando a busca para além da prisão quando houver situações a serem tuteladas durante o processo. Não se pode deixar de concordar com o autor, porque iniciar o estudo do instituto que está previamente articulado como imprescindível ultrapassa o questionamento do porquê da sua existência.

Caso se passe pelos grandes nomes da seara processual penal, como assim fez o autor de forma percuciente, observa-se que, para além da dita necessidade, não se achou outra justificativa para a segregação do presumidamente inocente, ao passo que se aceitou que são os demais princípios reitores do processo que permitirão a coabitação da presunção de inocência com a prisão antecipada, desde que voltada a escopos instrumentais ou finais. De um modo geral, entendeu-se que os riscos vinculados à possível reiteração deveriam ser suportados pelo réu ao custoso preço da sua liberdade.

A feição atual dessa prisão foi agravada, já que se pode dizer que ela tem se assentado para fora da estrita necessidade, alicerçando-se à faceta defensivista-periculosista,²⁶ em

25. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 95.
26. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 305, 315. Em suma, explica-se que o eficientismo penal está relacionado com a noção de que a crise do sistema penal é de caráter conjectural, não é estrutural, de forma que se legitima a ampliação do seu campo de atuação, pois o problema estaria no seu uso minimizado. Dentro dessa matriz são criadas as políticas criminais de lei e ordem. Já o defensivismo periculosista está relacionado à ideia de que a prisão defende a sociedade dos delitos praticado por uma minoria perigosa. Ampara-se nas funções declaradas da prisão, ignorando as funções subterrâneas.

vistas de um autoritarismo remanescente em dispositivos legais e na prática forense. Nesse sentido, aduz Ferrajoli que:

“A consequência dessa esboçada legitimação foi que a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário e inquisitório da cultura penal oitocentista, arraigou-se profundamente em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas.”²⁷

Ademais, se examinado o cumprimento de uma prisão-cautelar e uma prisão-pena, notar-se-ão que dividem a mesma essência punitiva, ainda mais por serem cumpridas no mesmo estabelecimento, que mistura presos cautelares com presos condenados. Dito isso, tornou-se ainda mais difícil sustentar a separação da prisão com fins materiais das com fins processuais para legitimar a última.

Não obstante, aquilo que justifica a existência de medidas cautelares transcende as conjecturas teóricas, uma vez que existem determinados atos praticados pelo réu que podem comprometer ou inviabilizar a reconstrução do fato pretérito objeto do processo. Dessa forma, chega-se novamente a uma encruzilhada, pois o ordenamento deve possuir mecanismos para coibir esses atos e resguardar os elementos que reconstruirão os fatos discutidos.

Nesse panorama, aproveitando o fio condutor crítico lançado por Amodio, Illuminati, De Luca e Ferrajoli, vê-se no rol trazido no art. 319 do CPP uma abertura para que se inicie a substituição efetiva da segregação cautelar por outros mecanismos que se mostrem tão eficientes quanto, mas não cobrem o altíssimo custo de se ter um inocente encarcerado, ainda mais no contexto prisional brasileiro.

As medidas cautelares diversas da prisão podem, sim, reduzir o risco criado à instrução ou à aplicação da lei penal, desde que sejam as instituições aparelhadas para aplicá-las e fiscalizá-las. Ainda, pensando na necessidade de concretização de direitos e garantias fundamentais, com a consequente redução do uso do cárcere, pode-se buscar mecanismos estranhos à atual dinâmica processual, como um procedimento cautelar penal incidental para discutir a necessidade cautelar e para que, efetivamente, as partes contribuam para a construção da decisão penal.²⁸

Veja-se que, antes da reforma procedida pela Lei 13.964/2019, o CPP já estabelecia que a prisão preventiva somente caberia se não fosse hipótese de outras medidas cautelares.

27. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 508-509.

28. “Em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário – por horas ou no máximo dias, mas não por anos – para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas.” (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 513).

Com a reforma, foi inserida a necessidade de fundamentar o não cabimento de medidas cautelares diversas da prisão, a partir de elementos do caso concreto, e de forma individualizada, buscando-se afastar o automatismo do emprego da prisão.

Caminhando-se no sentido de que apenas quando falharem as medidas cautelares diversas da prisão ou, concretamente, forem insuficientes, discuta-se a ampliação da intensidade da restrição e que seja aplicada a prisão cautelar em último caso. Provavelmente, do descumprimento injustificado das medidas sairá o tão falado respaldo concreto para a imposição da medida mais gravosa, minimizando os espaços para construções linguísticas em torno dos fundamentos dito cautelares, mas que escondem seu fim último em separar, extrair a verdade e neutralizar o inconveniente.

Por derradeiro, não se desconhece que os campos ditos alternativos para gerir a conflitividade penal têm sido inviabilizados, justamente porque os discursos minimalistas-alternativos não dispensam a prisão como recurso último e têm se tornado um campo paralelo de controle. Nesse sentido, explica Carvalho sobre os discursos relegitimantes do sistema punitivo:

“A responsabilidade pela densificação do punitivismo e pela criação do imenso contingente de pessoas presas é dos atores que dão vida, diariamente, ao sistema punitivo. A responsabilidade da imposição gótica de sofrimento em nosso sistema carcerário é da própria estrutura punitiva e dos seus discursos relegitimantes, que promovem e fomentam sua utilidade como mecanismo imprescindível de controle social. A composição destes ingredientes possibilita aos sistemas de punição alta capacidade de reinvenção, fazendo com que a imposição superlativa de sofrimento seja constante, independente da criação de espaços de liberdade.”²⁹

Ocorre que a Constituição Federal trouxe a expressa autorização da prisão processual, então, inevitavelmente, o ponto de partida deve ser a limitação de seu campo, pois se acredita que há muito espaço ainda a ser conquistado quando se trata da constitucionalização do processo, mormente no que toca à prisão. Com certeza, aceitá-la, inicialmente, pode parecer uma limitação que inviabiliza o ato criativo e a sua superação. Todavia, opta-se por esse ponto de partida para principiar a incorporação efetiva dos postulados constitucionais e a construção de uma consciência mais democrática do processo penal.

Tendo em vista a sedimentação da vontade de punir, impõe-se ceder entre os extremos para originar a contração do campo de uso da prisão preventiva, o que, necessariamente, passará pela tomada de ações em diferentes setores. Entrando no que diz respeito ao penal material e ao processual penal: deve-se iniciar pela reestruturação dos bens jurídicos a serem tutelados e da diminuição da grande quantidade de delitos que se

29. CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 377.

tem hoje no modo à la carte, da criação de vias restaurativas para gerir determinadas incivilidades, da aplicação de mecanismos restritivos de liberdade diversos da segregação, tratando-os como substitutos de fato, forjando-se uma cultura que não veja na alteridade algo a ser extirpado.

Dito isso, não se postula a troca de uma suposta panaceia por outra, há muito a ser feito, porém se acredita ser um bom espaço para se iniciar o diálogo com a racionalidade punitiva, o entrelugar das restrições parciais da liberdade e de outros direitos. Concluindo este ponto, faz todo sentido colocar no horizonte uma meta utópica que faça permanecer caminhando.

Nesses termos, arrisca-se a dizer que, na seara cautelar penal, as medidas devem ser um mecanismo aparelhado, pesquisado e melhorado, de modo que se possa prescindir da prisão antes do trânsito em julgado. Entretanto, enquanto esse tempo não chega – apesar da busca por macrorrespostas –, o microefeito já pode ser comemorado em razão de uma vida ter sido poupada da miserabilidade do cárcere.

5. A CONSTRUÇÃO DE UM PROCEDIMENTO PARA A APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Inicia-se o último tópico do artigo destacando que a estrutura do processo penal é, por excelência, dialética, sendo esse o traço que a singulariza se comparada aos demais procedimentos. Por essa razão, explica Giacomolli que “a impossibilidade de um contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição leva a doutrina a situar a cautelariedade do processo penal, fora da compreensão estrita de processo (medidas cautelares)”.³⁰

Entretanto, essa proposição não é suficiente para tolher a participação efetiva das partes na formação da decisão em matéria cautelar, porque “a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa.”³¹

Nesse sentido, narra Giacomolli que as disposições, tanto de ordem constitucional quanto ordinária, principiam um avanço na argumentação atinente a um processo penal cautelar, o que se originaria com o teor do art. 282, § 3º, do CPP. Esse mesmo parágrafo ganhou uma redação melhorada em 2019 se comparada àquela de 2011, que criava a necessidade de intimar a parte contrária quando uma medida cautelar fosse postulada, desde que isso não colocasse em risco a eficácia da medida ou em casos de urgência.

Atualmente, foi disposto um prazo de cinco dias para a manifestação da parte contrária àquela que requereu a medida cautelar, bem como a necessidade de fundamentar a

30. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto San José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

31. BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 23.

urgência ou o risco se o juiz não o fizer. Ademais, não é mais possível ao magistrado decretar medidas de ofício, avançando-se na compreensão e delimitação do papel de cada ator do processo penal.³²

Todavia, mesmo com essas alterações legais, não se aduzirá aqui a possibilidade de elaboração de um processo cautelar, pois se entende que a conformação da cognição cautelar não permite a distinção entre conteúdos atinentes às condições da ação e o que deveria estar presente mérito, ou seja, se estariam no *fumus commissi delicti* ou no *periculum libertatis*, bem como não se sustenta uma sentença como decisão. Mas, tendo como norte a primeira disposição legal supracitada, expõe-se a utilidade de um procedimento cautelar.

As reformas procedidas nos anos de 2011 e 2019, no capítulo da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória do CPP, mantiveram a configuração da decisão cautelar, de modo que esta permanece substancialmente igual desde os anos 40.

Com isso, há um peticionamento escrito, acompanhado de um tímido contraditório, que é finalizado por uma decisão judicial, também escrita. A audiência, pautada na oralidade, não foi a metodologia escolhida para a formação da decisão cautelar.

Recorrendo ao campo doutrinário, diz-se que a cognição cautelar é caracterizada pela superficialidade e sumariedade, não exauriente como a cognição da sentença condenatória ou absolutória. Todavia, na doutrina nacional, não foi aprimorada a cognição cautelar e sua extensão, tendo em vista que a procedimentalização disposta no CPP não dispõe de parâmetros para tanto.

Essa ausência não foi suprida com a reforma procedida pela Lei 13.964/2019, que, no § 3º, do dispositivo supracitado, apenas estabeleceu um prazo de cinco dias para manifestação da parte contrária àquela que requereu a medida cautelar. Veja-se que a audiência de custódia, apesar de inserida no diploma legal, segue restrita ao âmbito da prisão em flagrante.³³

Dito isso, clarifica-se que a funcionalidade contemporânea da prisão cautelar, nos moldes de uma medida de defesa social ou policialesca, é acobertada e corroborada pela sua estrutura legal, que determina a aplicação dessas medidas de cunho pessoal, compassada com um modelo quase que administrativo, afinada a um processo penal inquisitivo. Situação que perdura, apesar de se ter um paradigma, já não tão recente, encetado pela Constituição Federal de 1988.

É indefensável a manutenção do contraditório restrito à forma escrita, afincado no campo burocrático e formal, em clara afronta à necessidade de se levar o indivíduo preso à presença de um juiz, nos moldes já delineados pelo Pacto San José da Costa Rica. Não se

32. BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm]. Acesso em: 18.05.2020.

33. Destaca-se que a inserção da audiência de custódia no art. 310 foi um dos pontos altos da reforma, procedida pela Lei nº 13.964/2019, bem como as sanções que buscam dar-lhe efetividade, tais como a responsabilização, nas diversas esferas, da autoridade que, injustificadamente, não realiza o ato e o relaxamento da prisão pela não realização da audiência no prazo legal. Não obstante, não há disposições no mesmo sentido para a prisão preventiva.

pode esquecer que o processo penal contemporâneo, além de uma leitura constitucional, exige um exame convencional das suas práticas e das suas disposições legais internas.

Percebe-se que, com a ausência de uma decisão técnico-racional, principalmente em uma matéria que é tão cara, inviabiliza a construção de uma base de cognição oponível pela defesa. O que se agrava, ainda mais, com a fungibilidade dos fundamentos que respaldam a decretação da medida cautelar, tornando a decisão do julgador incontrollável. Destarte, é patente a importância de que a decisão seja erigida em um *locus* de efetivo contraditório. “Na cautelar (art. 282, § 3º, do CPP) abre um espaço de argumentação e de diálogo, de modo a diminuir o risco de uma decisão tomada na única base da produção de elementos incriminatórios.”³⁴

Por conseguinte, projeta-se a ruptura metodológica na construção da decisão sobre medidas cautelares pessoais, partindo da inclusão de um elemento procedimental, que se formará a partir de uma audiência, como meio de incorporar o rito oral, de matriz acusatória, deteriorando o *ethos* inquisitivo. Com isso, inicia-se com a definição de um novo ambiente para a formação da cognição cautelar, que se contrapõe ao da procedimentalização tão somente escrita.³⁵ Nesse sentido, Lopes Jr. sustenta que o melhor caminho para efetivar o contraditório e o direito de defesa é a realização de uma audiência.³⁶

Os contornos da argumentação cautelar podem percorrer a adequação da medida, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito,³⁷ escapando do modelo decisório padrão que atinge a matéria cautelar. Por outro lado, é notório que uma decisão cautelar não pode ingressar em discussões atinentes ao mérito do processo. Não obstante, diante da necessidade constitucional de motivação de toda e qualquer decisão judicial, fixa-se a indispensabilidade de discernir o que pode compor a decisão que decreta uma medida cautelar.

Nessa senda, não é compatível uma audiência de instrução para analisar o cabimento das medidas cautelares. Contudo, a inclusão do sujeito, que sofrerá as consequências da decisão judicial, na estrutura judiciária e no ato decisório, é passo inarredável para que

34. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 365.

35. Cumprir destacar que as audiências de custódia, implementadas pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, e, atualmente, disciplinadas no art. 310, *caput* do CPP, têm como principal objetivo a condução do preso em flagrante, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à presença de autoridade judicial competente. Contudo, como estão sendo utilizadas apenas nessa hipótese, se reduz o *input* ao sistema prisional, mas o *output* permanece significativamente inalterado. Dessa forma, não há modificação no *status* de liberdade de presos cautelares já inseridos no sistema prisional (BRASIL. *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Relatório: um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro. Disponível em: [www.portaldpge.rj.gov.br/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relatorio_1_Ano_Audiencia_Custodia.pdf]. Acesso em: 10.11.2019).

36. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 587.

37. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 312-313.

se efetive a paridade de armas entre órgão acusador e defesa, dando forma ao contraditório. Martins sustenta a imprescindibilidade do contato direto, ou seja, é o exame direto, a observação imediata, que modela e converte as palavras. No que tange ao conteúdo advindo desse contato, ele poderá ser favorável ou prejudicial ao acusado, contudo é fundamental.³⁸

O procedimento pretendido será o mecanismo de constrangimento da evidência, o qual se consubstanciará no elemento intermediador e minimizador do imediatismo.³⁹ Na prisão cautelar, em regra, constata-se uma nulificação desse elemento intermediador, pois essa está intimamente vinculada à evidência, que se determina com o preenchimento de uma expectativa, dispensando o mecanismo que media.

À vista disso, incluir um procedimento cautelar, como a forma de aplicação de medidas, coincide com a elaboração de um mecanismo com capacidade de reduzir a evidência. Objetivando a redução da centralidade do uso do cárcere cautelar, entende-se a inclusão de uma forma processual delimitada como uma etapa estratégica essencial, já que, sendo o sistema processual penal acusatório a opção constitucional, a forma, por si só, na seara processual penal, eleva-a ao status de garantia, o que, inevitavelmente, redireciona a discussão sobre o tema a um nível epistemológico diverso.

A identidade criada entre prisão processual e periculosidade, bem como a falta de uma estrutura cautelar própria aquiesce com o cumprimento de funções latentes, estranhas à necessidade cautelar. Por isso, sustenta-se a criação de um procedimento apto a controlar a racionalidade presente nessas decisões, definindo-se um modelo de cognição cautelar, que possa se dizer sumário e limitado.

Contudo, sabe-se da impossibilidade de se exigir do próprio julgador a criação de barreiras colocadas no seu conhecer, como meio de se manter em um determinado estágio de apreensão de informações para não contaminar o posterior julgamento sobre o mérito do processo penal. A apreensão será de todos os elementos expostos, dos quais o juiz não se livrará, de modo que, dessa evidente constatação, origina-se a importância de uma estrutura procedimental que crie essas barreiras, que produza esse limite externo aos quadros mentais do julgador.

Nessa senda, emerge como imprescindível um segundo juiz, vinculado ao julgamento das medidas cautelares.⁴⁰ Se é mantida uma figura única para julgar o mérito do

38. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 13.

39. MARTINS, Rui Cunha. *Op. cit.*, p. 29.

40. Pode-se observar como tendência a experiência de outros países, apontando, aqui, um exemplo latino-americano e outro europeu, Itália e Chile. Em ambos há uma procedimentalização que acompanha a aplicação de qualquer medida que vise a restringir a liberdade do sujeito presumidamente inocente. No CPP italiano, o livro quarto trata das medidas cautelares, e, no CPP chileno, estão as disposições no livro quinto. CHILE. *Código de processo penal*. Disponível em: [www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1]. Acesso em: 05.09.2019; ITÁLIA. *Código penal italiano*. Disponível em: [www.altalex.it]. Acesso em: 05.09.2019.

processo e a aplicação de medidas cautelares, se cria espaço propício para uma tendência confirmatória das decisões inicialmente adotadas. A prisão cautelar se converte em um atalho cognitivo, sujeito às crenças inerentes ao indivíduo.

No ponto, grande avanço se procedeu em 2019, com a criação da figura do juiz de garantias, vinculado à etapa investigatória da persecução criminal, de modo que a tutela cautelar penal, de natureza pessoal, aplicada nessa etapa fica nas mãos desse julgador.⁴¹ Todavia, deve-se destacar que essa previsão legal se encontra suspensa, por tempo indeterminado, haja vista decisão do Supremo Tribunal Federal.⁴²

Sustenta Gloeckner que a forma de minimizar essa tendência confirmatória reside na realização de uma audiência, que possibilite a criação da decisão regida pelo efetivo contraditório.⁴³ É o caminho que deve ser adotado para a materialização de um processo penal disfluente, assentando no contraditório, que cria a oportunidade da permuta de versões e atos processuais, de modo a evitar que um fragmento, decorrente da primeira impressão do julgador, defina o processo. Por derradeiro, entende-se que a audiência pretendida não se encaixa no espaço de uma medida autônoma por ser ato jurídico isolado, resultante de uma decisão judicial, avessa ao contraditório, já que prescinde da participação da defesa para se impor e, não raras vezes, do órgão acusador.

Pelo exposto, tem-se como imperativo o alargamento cognitivo judicial nessa matéria, ou seja, entre o pedido de aplicação de medidas, realizado pelo órgão acusador, e a decisão judicial que concede ou não essa aplicação. O procedimento cautelar será esse interregno, que principiará com a efetiva incorporação do contraditório na senda cautelar, de modo a que a decisão judicial seja o resultado da construção dialética entre defesa e acusação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Com este trabalho, não se objetiva deslegitimar a tutela cautelar, já que se entende que ainda há muito espaço a conquistar em termos de constitucionalização do processo penal, de modo que parece estar na contramão da incorporação de um novo paradigma de leitura do processo que se faz neste momento.

41. Importante ressaltar que a reforma procedida pela Lei 13.964/2019 se concentrou em quatro principais eixos: 1) a previsão do juiz de garantias; 2) a inserção do acordo de não persecução penal; 3) no que tange à prova, a previsão da cadeia de custódia; 4) uma nova reforma do título da prisão, medidas cautelares e liberdade provisória.

42. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 do Distrito Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf]. Acesso em: 18.05.2020.

43. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: Ed. RT, nov./dez., 2015. p. 277.

2. O trabalho se assenta em duas hipóteses para contribuir com a construção de um aparato de tutela cautelar que não esteja centralizado na prisão. A primeira hipótese diz sobre o uso de medidas cautelares diversas, não como uma via alternativa, mas como substitutiva à segregação cautelar. Para que isso ocorra, aquelas necessariamente terão que preceder a aplicação da prisão e ser utilizadas no núcleo da seletividade penal. Caso contrário, permanece-se na colonização da linha minimalista brasileira pelo eficientismo penal.

3. A segunda hipótese diz respeito à necessidade de elaboração de um procedimento cautelar. Portanto, propõe-se uma procedimentalização como forma de romper com a continuidade decisória. Destaca-se que se julga insuficiente a criação das audiências de custódia, haja vista que essas se voltaram para a análise, apenas, da legalidade das prisões em flagrante, de modo que, apesar de alterarem o input no sistema prisional, deixam intocado o output.

4. Por conseguinte, estabelece-se um entrelugar: nem medidas autônomas, que favorecem a excessiva discricionariedade e verticalidade na restrição da liberdade individual, tampouco processo cautelar, que trabalha com categorias inseríveis às peculiaridades da tutela cautelar penal.

5. Compreende-se como imprescindível a alteração no modo de produção da decisão que aplica medidas cautelares, de forma a incluir, com efetividade, o contraditório, ou seja, como uma verdadeira contribuição para o conteúdo da decisão. Um primeiro passo para o constrangimento da evidência tão presente na tutela cautelar. Isso, por si só, eleva a discussão sobre tutela cautelar a outro nível, já que a forma dos atos, no processo penal de cariz acusatório, é garantia individual.

6. Por fim, não se acredita no potencial de uma procedimentalização como “a” solução para o caos carcerário, em grande medida, produzido pela prisão cautelar. Mas sustenta-se a procedimentalização como uma etapa hábil para concretizar direitos e garantias fundamentais e dar forma a uma cautelaridade processual penal ajustada às categorias próprias do processo penal.

7. REFERÊNCIAS

- AMODIO, Ennio. La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, Dott. A. giuffrè editore, Anno X, Fasc. 3, 882-883.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARROS, Flaviane Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.
- CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- CHILE. *Código de processo penal*. Disponível em: [https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&r=1]. Acesso em: 05.09.2019.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial*. 8. ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*. Padova: CEDAM, 1953.
- DEL POZZO, Carlo Umberto. *La libertà personale: nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1962.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o Pacto San José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 117, ano 23, p. 263-286. São Paulo: Ed. RT, nov./dez., 2015.
- ILLUMINATI, Giulio. Presunzione d'innocenza ed uso della carcerazione preventiva come sanzione atípica. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Anno XXI. Fasc. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.
- ITÁLIA. *Código penal italiano*. Disponível em: [www.altalex.it]. Acesso em: 05.09.2019.
- LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal*. 9. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade no processo penal, de Danielle Souza de Andrade E Silva – *RBCCrim* 62/197-219 (DTR\2006\551); e
- O processo penal cautelar, de Romeu Pires de Campos Barros – *RePro* 2/220-229 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/435-447 (DTR\1976\20).

A (IN)VIABILIDADE DE UMA LIMITAÇÃO QUALITATIVA PARA A COGNIÇÃO REALIZADA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

THE (UN)VIABILITY OF A QUALITATIVE LIMITATION FOR THE CRIMINAL INVESTIGATION

FERNANDO BRAGA DAMASCENO

Mestre em Direito pela UFC (2005). Doutorando em Direito pela UFPE. Professor do Mestrado da ENFAM. Desembargador do TRF5.
ORCID: 0000-0002-8690-3440.
fernando-braga@hotmail.com

Recebido em: 11.07.2020

Aprovado em: 21.11.2020

Última versão do autor: 01.12.2020

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Fundamentos do Direito

RESUMO: O presente artigo discute a legitimidade e a viabilidade da imposição de uma limitação qualitativa à atividade cognitiva desenvolvida no âmbito da investigação criminal. Adotando-se o modelo acusatório como marco e a projeção de seus axiomas (paridade de armas, contraditório etc.) como método, faz-se uma abordagem do conceito e natureza da investigação preliminar e perquire-se se sua finalidade pode se resumir à formação da base epistêmica mínima exigida para o início do processo penal de partes, o que redundaria na inexistência de uma completa cisão teleológica entre a investigação preliminar e a *persecutio in judicio*. Conclui-se, ao final, pela existência de dois óbices à mencionada limitação qualitativa da investigação: a) a impossibilidade de fixação de um teto cognitivo para o investigador, que tenha alguma operabilidade prática; e b) sua eventual adoção implicaria em um elevado risco de frustrar o interesse de atingir o grau segurança exigido para a adjudicação dos fatos na sentença penal.

ABSTRACT: This article addresses the legitimacy and feasibility of imposing a qualitative limitation on the cognitive activity developed in the context of criminal investigation. After a preambular approach with the definition of its concept and its nature, it starts to demonstrate that the purpose of the preliminary criminal investigation is not limited to the formation of the minimum epistemic basis required for the initiation of the judicial criminal prosecution, which results in the absence of a complete teleological split between the preliminary investigation and the *persecutio in judicio*. We conclude, at the end, by the existence of two obstacles to the mentioned qualitative limitation of the criminal investigation: a) the impossibility of fixing a cognitive threshold, which has the minimum practical operability and b) the difficulty to obtain the required safety level for adjudication of the facts in the criminal decision, which such a limitation would entail.

PALAVRAS-CHAVE: Prova penal – Investigação criminal preliminar – Limitação cognitiva – Instrução probatória.

KEYWORDS: Criminal law – Accusatory principle – Criminal investigation – Evidence documentation – Criminal evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A investigação criminal: conceitos, fundamento e natureza jurídica. 3. Investigação e prova. 4. Investigação e instrução. 5. A(s) finalidade(s) da investigação criminal preliminar. 6. A investigação criminal e a dignidade do investigado ou acusado: a necessidade de sua compatibilização com o princípio do contraditório. 7. A (in)viabilidade da fixação do limite qualitativo como meio para conciliar a investigação com o modelo acusatório. 8. Conclusões. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner defendem a necessidade de uma limitação qualitativa da investigação criminal mediante a proibição de uma análise profunda dos fatos constantes da notícia crime, de modo que não caberia ali a sua comprovação plena, capaz de levar a um juízo de certeza, mas apenas a busca de um juízo de verossimilhança acerca desses¹.

Buscam justificar tal entendimento argumentando que os sistemas jurídicos atuais² impõem uma investigação criminal vocacionada exclusivamente a amealhar os elementos indispensáveis para legitimar a decisão de autorizar o início da ação penal.

1. O termo “limitação qualitativa” e os argumentos são de Aury Lopes Jr. (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 179); Ricardo Gloeckner desenvolve as ideias de Aury, mas sem acrescentar nova linha de argumentação (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: ZANOTTI, Bruno; SANTOS, Cleopas. *Temas atuais de polícia Judiciária*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 86).
2. Lei processual penal alemã: “§ 160, I: Assim que o Ministério Público obtém conhecimento de uma infração criminal, através de uma notícia crime ou por outros meios, deve investigar os fatos para decidir se promove a ação penal pública”. Tradução livre do idioma inglês. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/]. Acesso em: 06.07.2020.
Na italiana, em seu art. 326: (Finalidade da investigação preliminar) O Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, dentro das respectivas competências, as investigações necessárias à determinação relativas ao exercício da ação penal. Tradução livre. Disponível em: [www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.repubblica:1988-09-22;447!vig=]. Acesso em: 06.07.2020.
Em Portugal, o artigo 262 do CPP: (Finalidade e âmbito do inquérito) 1 – O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.

Nossa doutrina, entretanto, não chega a posicionar-se em relação a essa questão, resumindo-se, quando muito, a mencionar que a finalidade da investigação preliminar é a de preparar a ação penal³, daí porque aqui se propõe perquirir acerca da razoabilidade dessa dita limitação qualitativa, buscando fazer-lhe um contraponto, a partir da identificação do seu “para que” e de seus possíveis efeitos colaterais, o que seguirá o seguinte percurso: a) inicialmente, buscar uma boa compreensão da investigação criminal, capaz de levar a uma delimitação capaz de separá-la de figuras afins; b) em seguida, definir o exato papel da investigação criminal na adjudicação dos fatos no processo penal; c) averiguar, então, os limites impostos à investigação pelo reconhecimento da dignidade humana do investigado, notadamente aqueles tendentes a fazê-la compatível com o um modelo acusatório; d) finalmente, perquirir a adequação e a necessidade dessa limitação qualitativa enquanto meio para compatibilizar o processo de adjudicação dos fatos com a dignidade do investigado.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: CONCEITOS, FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

A aplicação da norma penal reclama a reconstrução no presente do acontecimento sobre o qual se pretende fazê-la incidir, o que só poderá operar através do conhecimento sobre os seus respectivos vestígios.

Os vestígios são justamente as marcas deixadas por um determinado evento em coisas e/ou pessoas, as quais equivalem a uma espécie de registro de sua ocorrência, o que acaba por permitir que consiga conhecê-lo, ainda sem presenciá-lo. Daí que se afirma que a verdade (histórica) se encontra nos vestígios⁴.

php?ficha=201&artigo_id=&nid=199&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=]. Acesso em: 06.07.2020.

3. Em geral, a doutrina ainda não debate a questão, resumindo-se, quando muito, a mencionar que a finalidade da investigação preliminar é a de preparar a ação penal. Nesse sentido: Sérgio Rebouças (REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 152) e Alexandre Moraes da Rosa (ROSA, Alexandre de Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: EMais, 2020. p. 352). Nestor Távora e Rosmar Alencar falam em uma finalidade “preservadora”, entendida como a “precaução contra ações penais temerárias, sem justa causa ou infundadas”, e noutra denominada “preparatória”, entendida como a de coligar “elementos de informação, protegendo a prova contra a ação do tempo, conferindo robustez à justa causa para a ação penal” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Novo curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 153-154).
4. Segundo Barros, a verdade não é propriamente um atributo do fato, mas da ideia que se faz a respeito do mesmo, daí porque se deve entendê-la como a conformidade entre o intelecto e o real. (BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 15).

Uma pegada, uma mancha de sangue, a memória de uma pessoa, os registros de um disco rígido de um computador são exemplos de vestígios capazes de evidenciar um fato criminoso.

Nesse contexto, já se pode tentar compreender aquilo que se costuma chamar de investigação criminal, consistindo esta na atividade de busca (coleta e preservação)⁵ desses vestígios, de modo a viabilizar a realização de raciocínios indutivos, (antecedidos, ou não, de procedimentos técnicos ou de experimentações científicas) que teriam a aptidão para, em alguma medida, fazer emergir os fatos que os causaram⁶.

Embora entendida como localização, recolha e preservação, a investigação criminal nada tem de simplória, configurando atividade complexa, formada por diversos atos, chamados de diligências investigatórias ou atos de investigação, os quais se operam mediante metodologia baseada na criminalística, na identificação – antropometria, datiloscopia –, na balística; na documentoscopia; na medicina forense; na psicologia forense etc.

A investigação criminal é, ademais, marcada por certa imediatidade, já que é fácil aderir à ideia de que o passar do tempo conspira contra a qualidade da reconstrução dos fatos, apagando os vestígios, o que reclama que a investigação se realize com a maior antecedência possível.

Em uma ordem democrática, a aplicação da pena requer um tempo considerável (o do processo) e, mais, a participação ativa daquele que é apontado, pelo acusador, como o responsável pelo fato, o que definitivamente inviabiliza que a busca e a recolha (e preservação) dos vestígios do crime aguardem as formalidades inerentes a um processo de partes.

Isso implica que a investigação criminal deve ser realizada predominantemente⁷ por meio de um procedimento⁸ preliminar a esse processo de partes⁹.

5. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 64.
6. NORES, José I. Cafferata, La eficacia de la investigación penal en el estado de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 30.
7. Fala-se que a busca de vestígios se dá predominantemente em uma fase anterior ao processo porque, mesmo proposto o processo, pode o acusador requerer a realização de algumas diligências com esse propósito, assim como a defesa e o juiz de ofício.
8. Embora digam alguns que a investigação criminal preliminar não configura procedimento pela falta de previsão rígida de atos encadeados dirigidos a um fim, não se pode sustentar isso apenas pelo grau de rigidez dessas disposições. A investigação preliminar é sim um procedimento, ainda que após o seu início, regrado minuciosamente, a autoridade tenha uma certa liberdade de agir em busca daquele fim apontado na norma.
9. “[...] as evidências da prática de um delito costumam ser mais nítidas quando mais proximamente do delito, no aspecto temporal, sejam recolhidas. É dizer que o tempo joga contra a nitidez das evidências.” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 63).

Assim, atribuindo elevada importância à justa aplicação da lei penal¹⁰, o Estado deve estruturar-se para que, logo que receba a notícia da prática de um fato em tese criminoso, passe a coletar – localizar e preservar – tudo aquilo que mantenha correlação com o mesmo, para, posteriormente, dar ensejo à sua reconstrução, permitindo que se realize o juízo de subsunção do fato (a rigor, dessa reconstrução) à norma.

Daí porque se pode dizer que a investigação criminal é um procedimento preliminar ao processo penal de partes, voltado à recolha e à conservação dos vestígios de um crime.

Registre-se que, embora o Direito não se prenda ao método de investigação a ser seguido, a investigação criminal é um procedimento regrado, notadamente no que diz ao seu início, seu fim e à fixação de limites às diligências investigatórias¹¹.

É que as diligências investigatórias acarretam sempre, em maior ou menor grau, restrições aos direitos fundamentais daqueles indivíduos que possuem algum tipo de ligação com o evento investigado: por o terem presenciado, por serem possuidores de coisas sensibilizadas ou, ainda, por serem apontados como suspeito, ou, simplesmente, por terem alguma ligação com este.

Não há, entretanto, uma correspondência perfeita entre os conceitos lógico e cronológico da investigação criminal, sendo certo que, no âmbito do procedimento preliminar (investigação em sentido cronológico), podem ser praticados atos diversos das

10. Para Figueiredo Dias, entender que a função do processo é formar a coisa julgada equivale a uma inadmissível ruptura entre direito material e o adjetivo, gerando um vazio quanto aos critérios de valoração do problema e das normas, fazendo do juiz uma autoridade capaz de impor um segundo ordenamento – vez que jamais poderia ter sua falsidade, injustiça ou invalidade declarada –, enfim, essa visão dar-se-ia mediante uma supervalorização do valor “segurança jurídica em detrimento do outro valor: o da justiça”. Conclui o autor afirmando filiar-se ao entendimento de que o fim do processo é a descoberta da verdade e a realização da justiça, condenando todo culpado e absolvendo todo inocente (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1981. p. 40).

No mesmo sentido vai Roxin, defendendo que a função do processo penal é a decisão: 1) materialmente correta; 2) obtida em conformidade com o ordenamento jurídico processual; e 3) que restabeleça a paz jurídica. (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Esp. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2000. p. 2). Idem para Germano Marques da Silva: “à questão sobre para que serve o processo, a resposta imediata é de que serve para a aplicação da lei penal aos casos concretos, tendo por isso, como também já foi indicado, um valor instrumental bem preciso: o que nenhum responsável passe sem punição ... nenhum inocente seja condenado.” (SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2010. v. I. p. 39).

Para Hassemer, a verdade é uma condição necessária à justiça, embora não suficiente. (HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 11).

11. Embora a lei não determine o método da investigação por regras positivas, esse encontra-se limitado por regras negativas que tiram do âmbito de possibilidade da investigação uma parcela de caminhos considerados inadmissíveis juridicamente ou admitidos sob certas condições (PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal, uma introdução jurídico-científica*. São Paulo: Almedina Brasil, 2010. p. 63).

chamadas diligências investigatórias (investigação em sentido lógico), as quais também podem ser praticadas no âmbito do processo de partes.

Seguindo, buscando uma melhor compreensão da investigação preliminar, percebe-se que é a atividade que compete àquele que tem o interesse (ou mesmo a obrigação) de dar início a um processo judicial¹², a quem incumbe o ônus de demonstrar que há elementos que autorizem a admitir a hipótese fática, condição necessária ao acolhimento de sua pretensão.

Ainda que fosse conduzida por um órgão que integra o Poder Judiciário, a investigação preliminar não perde sua natureza de procedimento administrativo, posto que não deixa de ser o Estado, enquanto titular do direito de ação, que atua no sentido de fazer emergir o fato investigado com vistas a saber se provoca, ou não, início da atividade jurisdicional¹³.

Assim, mesmo as diligências investigatórias que precisam de autorização judicial não se viabilizam através de um processo jurisdicional em sentido estrito¹⁴.

12. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mroz. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 60.

13. Assim entende Henrique Hoffman: “[...] o inquérito policial consiste no processo administrativo apuratório levado a efeito pela polícia judiciária” (HOFFMANN, 2018, p. 27). O próprio Aury Lopes Jr. entende que “a investigação preliminar, ainda que dirigida por uma autoridade judiciária, dotada de poder jurisdicional, não pode ser considerada como processo em sentido próprio (ou estrito) por carecer das mínimas notas características da atividade puramente processual, como são: a) exercício de uma pretensão; b) existência de partes potencialmente contrapostas; c) que atuam sob o controle de um órgão supraordenado a elas; d) com garantia de contraditório; e) a existência de uma sentença e a produção da coisa julgada” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 39). No mesmo sentido, ainda, Vicente Greco, para quem “a atividade que se desenvolve no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Tirant Brasil, 1999. p. 91) e Eugênio Paceli, que diz que “A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa (PACELLI, 2015, p. 54). Tal entendimento restou há pouco corroborado pelo próprio legislador quando alterou o regime de arquivamento do procedimento de investigação criminal preliminar, que, segundo a nova redação do artigo 28 do Código de Processo Penal, se dará perante o próprio Ministério Público. Em sentido contrário, Paulo Dá Mesquita, para quem: “a esta luz a investigação criminal sendo teleologicamente vinculada é também uma atividade que além de formalmente integrar o processo se configura como materialmente judiciária, pois integra-se numa atividade prescritiva que tem por necessária justificação uma motivação total ou parcialmente cognitiva” (MESQUITA, Paulo Dá. *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 79).

14. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça terminam por aderir ao caráter não jurisdicional das medidas investigatórias submetidas ao Judiciário, como as que objetivam o acesso a dados e informações acobertadas pelo sigilo bancário, onde não há o estabelecimento de relação processual em contraditório. Confirmam-se os julgamentos a seguir: “CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI 8.137/90 (art. 1º, I, II e V). NULIDADES DO PROCEDIMENTO FISCAL. 1. Inexistência de irregularidades no procedimento que culminou

3. INVESTIGAÇÃO E PROVA

A investigação, como se viu, deve resultar em um conjunto de informações ou dados capazes de fazer emergir o fato investigado ou que, ao menos, garantam a possibilidade de fazê-lo mais adiante (no processo penal de partes), resultado que, em razão disso, preferimos chamar de evidência.

Ocorre que, mesmo que se obtenha um “fato aparentemente verdadeiro”, mesmo que este assegure uma forte convicção (*belief*) sobre como as coisas se desenvolveram no passado, não se teria ainda condições para uma condenação penal¹⁵.

com a quebra do sigilo bancário. Providência que teve o endosso do Judiciário e que, de regra, é efetivado em procedimento inquisitorial, sob pena de frustração da medida. 2. HC indeferido.” (STF – 30/8/2005 – HC 85088 / ES – Relator(a): Min. ELLEN GRACIE – DJ: 23/9/2005, Pág 00050 – DECISÃO UNÂNIME) “EMENTA: – INQUÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5.-X E XII DA CF: INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO. NÃO PREVALECE. I – A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET.577). II – O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 e 69.372; RE 136.239, inter alia).” (STF – 23/11/1994 – Inq-AgR 897 / DF – Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK – TRIBUNAL PLENO – DJ: 24/3/1995 PP-06806). “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL E PROCESSUAL. PROCEDIMENTO CRIMINAL PREPARATÓRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PESSOA FÍSICA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DE CONTA BANCÁRIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Possui o Ministério Público legitimidade para requerer ao Judiciário a quebra de sigilo bancário, quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, sendo tal procedimento de natureza inquisitiva. A decisão atacada pela presente ação mandamental encontra-se devidamente fundamentada e estribada na legislação de regência. Ausência do alegado direito líquido e certo. Recurso desprovido.” (STJ – 16.12.2004 – ROMS 15247 – Processo: 200201049401/SC – Documento: STJ000591465 – DJ 21.02.2005, PÁGINA:189 – Rel. José Arnaldo da Fonseca – decisão unânime).

“RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. DIREITO RELATIVO. SUSPEITA DE CRIME FINANCEIRO. 1. A suspeita de crime financeiro, calcado em prova de lesividade manifesta, autoriza a obtenção de informações preliminares acerca de movimentação bancária de pessoa física ou jurídica determinada por autoridade judicial com o escopo de instruir inquérito instaurado por órgão competente. 2. A quebra do sigilo bancário encerra um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, DIVERSO DA NATUREZA DO PROCESSO, o que afasta a alegação de violação dos Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes. (Vide §§ 3º e 4º do art. 1º e art. 7º da Lei Complementar 105/2001). 4. Recurso ordinário improvido.” (STJ – 18/3/2003 – ROMS – 15146 – Processo: 200200876097 UF: SC – DJ 07.04.2003, PÁG:223 – Rel. Luiz Fux – decisão unânime).

15. Isso porque, nas palavras de Rui Cunha Martins, “estar convicto não é a etapa final de um trajeto epistêmico sem mácula. Aliás, permito-me sugerir que nem sequer é, em bom rigor, uma etapa” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. The Brazilian lessons. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 16).

Faz-se necessário submeter essa versão que resulta da investigação (convicção do acusador) a um determinado processo, que, ao mesmo tempo, viabilize o direito de participação ao sujeito que foi investigado e teste a confiabilidade do conhecimento produzido.

Demasiado útil para uma boa compreensão disto é o ensinamento de Fernando Gil, que, embora reconheça uma grande proximidade entre verdade e evidência, entende que esta não é suficiente para conduzir àquela, porque esta possui o que ele chama de excesso epistêmico, entendendo isto como a posição do sujeito face ao conhecimento.

Para ele, a “evidência significa agora presentificação do sentido e da verdade como autossuficientes e autoposicionando-se, como sugere a expressão *index sui*. Uma verdade índice de si mesma é excessiva por natureza”¹⁶.

Assim, como é a coisa que “fala” por si só, alto é o risco de se operar uma alucinação/ilusão¹⁷, o que acaba por contaminar a versão dos fatos que dali emana, enfraquecendo sua confiabilidade.

A “verdade da evidência”, como é denominada por Fernando Gil, por ser vista com os olhos da mente, “contagia a verdade na medida em que o desprendimento da evidência que falava a um instante nunca pode ser completo”¹⁸.

Nesse sentido, Aury Lopes leciona que a convicção, enquanto saber produzido, é datada, sendo que uma convicção de hoje pode cair perfeitamente por terra amanhã, notadamente se se realiza uma cognição mais cuidadosa. A “verdade”, assim, não pode decorrer simplesmente da evidência, devendo ser construída¹⁹.

E é aí que se enquadra bem a prova, equivalente à atividade capaz de testar a confiabilidade, a segurança, de uma convicção extraída a partir da (cognição sobre a) evidência, onde se reforçam as chances de se afastar sua (possível) contaminação por uma alucinação/ilusão²⁰.

16. GIL, Fernando. Modos da verdade (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins). Separata da *Revista de História das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*, v. 23, Coimbra, 2002. p. 19.

17. É o que Rui Martins denomina de “ostensão”: “quer dizer, à vista desarmada, que a evidência se caracteriza pelo seu excesso. Mas, dito isto, importa esclarecer que este mesmo excesso decorrente, fundamentalmente, de uma intensificação, ou de um transporte, e não tanto de uma pura e direta retificação alternativa de significado. [...] correto será, então, referir que a evidência representa uma alucinação, mas não no sentido de um percepto do irreal em vez da percepção do existente: antes significa transposição da percepção para outra coisa senão ela mesma. [...] A evidência é geneticamente ostensiva” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. The Brazilian lessons. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 11).

18. Idem, p. 20.

19. Idem, p. 21.

20. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* – Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 270.

Provar significa, então, conferir certo nível de segurança a uma determinada alegação de fato, a ponto de fazê-la aceitável como se o fato histórico fosse²¹⁻²². Daí se vê, de logo, que a prova exige uma espécie de diálogo: de um lado, um sujeito que a propõe; de outro, seu destinatário²³.

Mais uma vez indispensável recorrer a Fernando Gil²⁴, que distingue a já mencionada “verdade da evidência” e da “verdade da prova”, sendo aquela o desdobramento do sentido na indicação da própria verdade, já que se afirmaria por si só, sem a necessidade de um determinado processo. Já a “verdade da prova”²⁵, ao contrário, necessita desse dispositivo exterior de avaliação e comprovação²⁶.

21. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mroz. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 49.

22. Esse conceito adota a perspectiva do acusador, a quem incumbe o ônus de provar, daí porque é perfeitamente compatível com a concepção epistemológica mais atual sobre o conceito de prova-resultado, defendida pela chamada escola racional da prova, bem representada nos países de Civil Law por Michele Taruffo e Jordi Ferrer Beltran. Para esse último: “A la pregunta conceptual acerca de qué significa ‘Está probado que p’, la concepción racional de la prueba responde que ‘las pruebas presentadas aportan corroboración suficiente a la hipótesis de que p’. La noción de corroboración de hipótesis no es simple, pero sea como sea que se entienda, hace referencia al grado en que las pruebas confirman la hipótesis y no a elemento subjetivo alguno que ocurra en la mente del decisor.” FERRER, Jordi. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia v.r.p., v.p.c. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH. In: *Quaestio facti* – Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Madri, n. 1, 2020 p. 370. Taruffo incorpora essa ideia de que a prova visa conferir segurança, referindo-se à necessidade de conferir autenticidade a uma hipótese em disputa como condição para aplicação justa da norma. (TARUFFO, Michele. La verdad y prueba dentro del proceso. In: FERRER, Jordi; VÁSQUEZ, Carmen; TARUFFO, Michele. *Teoría de la prueba*. Sucre: Conexión Creativa, 2018. p. 20).

23. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 38.

24. Idem, p. 21.

25. Para Ferrajoli, “a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a expressão de um ideal inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas iluministas do juízo, com a aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 42).

Nesse sentido, Paolo Tonini afirma que “[...] é óbvio que não se poderá nunca conhecer a verdade ‘total’ sobre o fato histórico, porque a capacidade do conhecimento humano é limitada; por outro lado, para realizar a justiça não é indispensável conhecer a ‘verdade absoluta’” (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mroz. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 50).

A verdade, para Aury Jr., seria uma aproximação ritualizada do fato (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* – Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 32).

26. Cabe bem transcrever a lição de C. J. A Mittermaier, em que enumera as condições essenciais para a existência da certeza e que podemos tomar como um método para a exclusão do caráter alucinatório da evidência:

A reconstrução dos fatos obtida após a investigação, ou seja, mediante uma análise dos elementos ali amealhados, que é pontual no tempo e assume um único ponto de vista, deverá, pois, ainda ser submetida a um processo depurativo, baseado no falseamento que, não logrando enfraquecê-la, terminará por reforçá-la, deixando-a só então apta a legitimar um decreto condenatório.

Daí porque se pode muito bem sustentar que a investigação nada mais é que um antecedente lógico da atividade probatória, tanto que é vista por alguns como a “investigação das fontes de prova”²⁷.

Ademais, como dito logo acima, a prova requer, também, a participação daquele a que se atribuiu a qualidade de responsável pelo fato criminoso, tanto porque tal protagonismo decorre de sua dignidade humana, como se verá adiante, quanto porque se

“1o Exige um complexo de motivos consagrados pela razão e pela experiência como podendo servir de base à convicção;

2o Exige que a preceda um esforço sério e imparcial, aprofundando e afastando os meios que tenderem a fazer admitir a solução contrária. Quem quer obter a certeza não fecha a porta da dúvida; pelo contrário, aproveita todos os indícios que podem conduzir a ela; e é só quando completamente a tem feito desaparecer que sua decisão se torna irrevogável e que assenta na base indestrutível da convicção alternativa [...];

3o A certeza não pode existir se não quando tiverem desaparecido todos os motivos tirados das peças do processo, que tenderem a fazer considerar a acusação baseada talvez em uma impossibilidade, ou que vierem dar um resultado positivamente contrário ao que deram os outros motivos [...];

4o E mesmo os motivos que só tiverem por apoio uma possibilidade em sentido contrário, quer o espírito vê-los dissipados antes que a certeza predomine [...];

5o Pelo que respeita às circunstâncias simplesmente imagináveis, embora não ordinárias, não poderá o espírito deixar de prestar-lhes alguma atenção, desde que houver na causa indícios, por mais ligeiros que sejam, estabelecendo uma probabilidade, ainda que a mais difícil. [...]” (MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wünzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1996. p. 65-66).

Hassemer vai no mesmo sentido, afirmando: “Porque o processo não é uma visão (um sujeito diante de um objeto), mas uma aproximação em desenvolvimento, ele decorre em círculos ou, melhor dizendo, em forma espiral: sujeito e objeto se movimentam um em direção ao outro, visando ao entendimento, e prevêm o outro nas etapas da aproximação. Esse movimento, compreensão do sucesso (conhecimento ‘verdadeiro’), exclui a possibilidade de se medir e verificar. Como a coisa e o intelecto, reciprocamente considerados, não se colocam em uma contemplação estática, mas em um relacionamento dinâmico de aproximação, a verdade pode não estar ‘adaequatio rei et intellectus’, ela é muito mais um fenômeno do diálogo, consensual e procedimental.” (HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 16).

27. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mroz. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 60.

reconhece que essa participação conforma um método mais seguro de reconstrução dos fatos ou de demonstração da veracidade de uma versão sobre esses²⁸.

Pode-se dizer, pois, que, por meio da prova, a reconstrução dos fatos²⁹:

a) não será unilateral, mas, sim, efetivada por três atores (*acusador*, *defesa* e *juiz*);

b) não será pontual no tempo, mas durará o necessário às discussões e ponderações sobre os vestígios individualmente considerados e no seu conjunto;

c) não estará adstrita aos vestígios recolhidos na investigação, podendo alcançar outros elementos trazidos pelas partes ou coletados por ordem do juiz, sendo certo, também, que, como se disse há pouco, determinados elementos da investigação podem ser proibidos de integrarem a prova.

4. INVESTIGAÇÃO E INSTRUÇÃO

O verbo “instruir” refere-se ordinariamente à ação de prover, municiar. É daqueles que pedem um complemento: instrui-se alguém, ou algo, com alguma coisa. O termo “instrução” pode ser utilizado, assim, em uma acepção bem ampla, para englobar a atividade de fornecer, ao processo ou procedimento, os elementos, dados ou informações necessárias ao cumprimento de sua finalidade, resultando, pois, na formação de um conjunto informativo³⁰.

28. “Essa a razão por que a descoberta de exemplos confirmadores de uma teoria muito pouco significa, se não tivermos tentado e falhado no procurar descobrir refutações. Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam. Em tais termos, é extremamente fácil conseguir o que pareça avassaladora evidência em favor de uma teoria que, se criticamente encarada, teria sido objeto de refutação. Para colocar em operação o método da escolha por eliminação, assegurando que somente sobrevivam as teorias mais aptas, devemos fazer com que essas teorias lutem pela vida, em condições difíceis” (POPPER, K. R. *A miséria do historicismo*. Trad. Octany S. da Mota; Leonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980. p. 70-71).

29. Para Eugênio Pacelli, “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com realidade histórica [...]. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 327).

30. Necessário registrar que, em Portugal, o legislador utilizou-se do termo instrução em um sentido bem estrito, para referir-se à uma fase processual que visa comprovar a viabilidade da acusação. Para Germano Marques (Curso de Processo Penal, v III, Lisboa, 2000, p. 125), o CPP 87 usa o termo instrução em duplo sentido: a) fase processual do processo preliminar; e b) atividade de comprovação da acusação em ordem à decisão sobre se a causa deve ou não ser submetida a julgamento.

Fala-se, com esse mesmo sentido, em instrução processual para se referir à assunção pelo processo de todos os informes necessários à decisão final³¹, o que abrangeria a chamada instrução probatória³².

Dito isso, pode-se imaginar que o procedimento de investigação, embora vocacionado a desvendar o fato, identificando e preservando os seus vestígios, abrange necessariamente uma atividade de instrução na medida em que, inevitavelmente, formará um conjunto de elementos que seriam dotados dessa aptidão.

Isso, todavia, não implica dizer que essa instrução que integra a investigação preliminar comunica-se diretamente com a instrução realizada no processo de partes (probatória), porquanto, é comum que se estabeleçam proibições à migração daquele conjunto que ali se formou, notadamente dos elementos relacionados às provas ditas repetíveis³³.

5. A(s) FINALIDADE(S) DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR

A prática de uma conduta criminoso, como regra, dá-se de maneira oculta ou dissimulada, buscando o seu agente assegurar-se de que não será descoberto (ainda que só

31. Esse conceito é baseado no conceito de instrução processual de Carnelutti, para quem: “Desde que, no estudo da estática processual, comecei a referir-me aos encargos do órgão judicial, delineei a distinção entre provas constituídas e provas por constituir (supra, n. 188), que devo recordar neste momento do estudo do procedimento; a distinção se refere exclusivamente ao modo de inspeção, segundo, que a secretaria possa ou não atender a ela no mesmo ato em, para a decisão do litígio, as deve valorar. É claro que, se a inspeção deve ser feita em separada da valoração, dá-se a este respeito um grupo de atos e, portanto, uma fase do procedimento que se compreende na instrução e, ao que convém, dá-se o nome de assunção das provas ou instrução probatória. Por sua vez, a assunção das provas exige a necessidade de que, antes de a ela proceder, o juiz resolva as questões relativas à eficácia da prova por constituir; senão quisesse assim e qualquer prova fosse assumida, o processo correria o risco de se perder em uma massa de atos inúteis; para que serviria, por exemplo, interrogar testemunhas sobre fatos que não podem se provar a não ser por documentos ou que careçam de interesse para a decisão? Portanto, a assunção das provas deve ir precedida da admissão das provas (constituir); assim se chama aquela fase incidental da instrução que está destinada à valoração preventiva da utilidade da prova por constituir”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. IV. p. 279).

32. A qual Mirabete se refere como instrução criminal, definindo-a como “o conjunto de atos ou a fase processual que se destina a recolher os elementos probatórios a fim de aparelhar o juiz para o julgamento” (MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 1997. p. 469).

33. O parágrafo 3º do novo artigo 3º-C do Código de Processo Penal, ainda suspenso por decisão do STF, estabelece uma espécie de filtro para essa comunicação, de sorte que somente as chamadas provas irrepetíveis é que seriam transmitidas para a instrução processual.

em relação à sua autoria), de modo que se logre evitar a sua consequência jurídica principal: a pena³⁴.

A investigação criminal tem, pois, como função primeira evidenciar o fato criminoso, fazendo que emergja e revele todas as suas circunstâncias (ou pelo menos as que têm relevância jurídica).

Essa evidenciação se dá, como se viu, com a coleta dos vestígios do crime capazes de viabilizar a sua reconstrução.

É certo que tais elementos destinam-se primeiramente a um órgão responsável pela acusação, que terá que decidir se provoca ou não o início da fase processual. Certo, também, que a acusação tem sua legitimidade condicionada à presença de um conjunto de elementos capazes de evitar o processo temerário³⁵, preocupação que se deve ao reconhecimento de que o processo penal traz como efeito colateral consideráveis transtornos ao acusado, sendo válido generalizar que o processo leva à perda da paz e à destruição do chamado status dignitatis.

Isso, entretanto, autorizaria dizer que a função da investigação se esgota em afastar uma acusação temerária?

Embora muitos apresentem resposta afirmativa³⁶, esta não consegue se sustentar. É que aqueles vestígios coletados não podem ser simplesmente descartados após a decisão

34. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* – Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 47.

35. Para Afrânio Jardim: “[...] torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 313).

Ou de afastar a possibilidade de um processo iniciado com base numa suspeita infundada (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Esp. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2000. p. 326).

Sobre o tema, ver MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

36. Muitos são os que sustentam que “a finalidade da investigação criminal é, tão-somente, dotar o titular da ação penal dos elementos que necessita para o seu ajuizamento”. (BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 88). Aury Lopes, nessa linha, sintetiza-a como sendo “a aportação de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não-processo” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* – Fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 34). Assim também Germano Marques, quando diz que a investigação é de sentido lógico, dominada por atos pertinentes à mesma ideia, a uma finalidade determinada – a decisão sobre a acusação (SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2010. v. I. p. 61), José Maria Soler, “en definitiva, debe servir para decidir se procede o no abrir juicio oral contra el imputado, ya que debe evitarse someter a juicio a los inicialmente imputados si no se han encontrado indicios racionales y suficientes.” (SOLER, 2010, p. 133), e Francisco Ramos Médez: “una fase de instrucción, que

pelo início do processo, uma vez que a reconstrução dos fatos que ali deverá ser realizada não prescinde – na grande maioria das hipóteses – de todo o material coletado na investigação.

Quem tem o mínimo de contato com a prática da investigação criminal e do processo penal sabe que o resultado da investigação não pode ser simplesmente descartado após superada a questão sobre a legitimidade do processo, sendo certo que muito (e às vezes tudo) do que foi coletado na investigação deverá ser utilizado como meio para a reconstrução dos fatos no processo (prova).

Basta que se pense em um crime de furto a um banco, em que as primeiras medidas de investigação seriam a apreensão dos arquivos de vídeo do sistema de segurança, a identificação e coleta de impressões digitais, a realização de imagens do local do crime. Haveria sentido sustentar que o processo poderia dispensar tais elementos?

Mostra-se, pois, insustentável defender uma total dissociação funcional entre o procedimento investigatório e o processo penal que o sucede, já que é óbvio que aquele tem também como função localizar, recolher e preservar os elementos indispensáveis à justa aplicação da lei penal³⁷.

Assim, não se pode dizer que a investigação preliminar cumpriu sua missão se, ainda que tenha logrado assegurar a “não temeridade” do processo mediante bom suporte epistêmico à hipótese acusatória, não conseguiu recolher os elementos necessários a elevar o grau de segurança desta ou, ao menos, assegurar que isso será feito posteriormente no processo³⁸.

tiene por objeto la recogida de las huellas del delito y todos los demás elementos que permitan fundar la acusación” (MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Enjuiciamiento criminal, septima lectura constitucional*. Barcelona: Atelier Libros, 2004. p. 33).

37. “Esta fase cumple la función de preparar la decisión de la Fiscalía sobre si hay que acusar o no. El § 160, ap. (1) ‘in fine’ StPO expresa claramente esta finalidad (‘con el fin de tomar su resolución sobre se há de ejercer la acción pública’), pero también debe servir para recoger todo o material probatorio e examinarlo.” (COLOMER, Juan-Luis Gomez. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985. p. 147-148). “Por una parte, tiene la finalidad de evitar un juicio oral en caso de que exista una sospecha infundada, por la otra, la de reunir y examinar los elementos probatorios” (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Esp. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2000. p. 326). “la terza finalità delle indagini preliminari appare nel testo del codice del 1988 come una limitata eccezione rispetto alla regola della oralità-immediatezza. In base a tale regola, l’art. 526 impone al giudice di utilizzare per la decisione finale soltanto le prove legittimamente acquisite nel dibattimento (TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mroz. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 348).
38. “[...] un’investigazione, impegnata a ricostruire gli aspetti essenziali del fatto, coglie l’azione nel suo divenire, lungo l’itinerario che dalla notizia approda all’esercizio dell’azione. (SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 2004. v. 2. p. 5-6). “Riflettiamo, allora, su quest’altra ipotesi: gli atti delle indagini preliminari non sono prove, ma possono servire per la ‘prova costituenda’. Ancorati ad una precisa memoria storica, affidano la loro potenzialità probatoria al ‘modo’ con cui potranno essere usati. Una ricostruzione

Certamente que se poderá admitir, em nome de outros valores, a proibição da utilização de determinados elementos, para subsidiar a reconstrução dos fatos operada no processo. Isso, todavia, não autoriza a generalização a ponto de chegar a uma ruptura teleológica entre a investigação preliminar e o processo.

Disso tudo, parece possível concluir que é também função da investigação preliminar fornecer ao processo todos aqueles elementos que teriam a aptidão para reconstituição do fato histórico da forma mais acurada possível, o que pode se dar mediante a sua coleta e preservação ou o asseguramento de sua posterior apresentação no processo³⁹.

incompleta e lacunosa in sede di indagini preliminari sarebbe scarsamente ‘utilizzabile’ nell’istruzione dibattimentale: come ‘domanda’ non spianerebbe la via ad una compiuta verifica del tema, como ‘contestazione’ non riuscirebbe a svelare la effettive divergenze fra la dichiarazione, rese in dibattimento. Una più accorta ricostruzione dei fatti e delle circostanze consentirebbe di adeguata ‘forza rappresentativa’ e sufficientemente controllabili in ordine alla credibilità del dichiarante (nelle cadenze previste dagli artt. 499 e 500 c. p. p.)” (SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 2004. v. 2. p. 20). Assim, porque se mostra merecida a lição de Paulo Dá Mesquita: “O inquérito como complexo de actos, no entanto, apenas tem a função endoprocessual de determinar a decisão de mérito do Ministério Público sobre a acção penal. Daí que o inquérito como actividade compreenda a recolha de todos os elementos necessários para o acto final: a decisão de mérito sobre a acção penal [...]”. (MESQUITA, Paulo Dá. *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 79).

39. José I. Cafferata Nores vai no mesmo sentido quando defende que a investigação também possibilita que se aporte ao processo as provas necessárias para derrubar a presunção de inocência, único meio de se alcançar a pena. (NORES, José I. Cafferata, La eficacia de la investigación penal en el estado de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 28.) Oportuna também a lição de Marcos Antônio de Barros: “Ressalve-se, por oportuno, que tal valoração não autoriza concluir que a autoridade policial e todos os funcionários a ela subordinados nenhum compromisso guardam com a revelação da verdade. Aliás, como regra geral, pode-se dizer que são eles os primeiros agentes do Estado incumbidos de procurar descobrir a verdade que se liga ao fato criminoso, sendo que a lei, a um só tempo, atribui a função de investigar as circunstâncias que cercam o evento, bem como cobra a preservação do quanto foi apurado. [...] Ditando todas essas providências e disciplinando-as ao encargo da autoridade policial, visa o legislador dar proteção à apuração da verdade e proporcionar sua ulterior apresentação em juízo. Todas as provas que a polícia amealhar com o intuito de assegurar a preservação da verdade devem ser submetidas ao crivo do contraditório, no transcurso da segunda fase da persecução penal.” (NORES, José I. Cafferata, La eficacia de la investigación penal en el estado de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 210-211).

“Em resumo, o processo penal gravita em torno à demonstração de ‘o quê’, ‘quem’ e ‘de que forma’ uma ação considerada criminosa ocorreu. Esta é, portanto, na realidade, a tarefa mais importante do Promotor de Justiça. Realizar o ‘mais e melhor’ que possa na coleta das evidências e provas para que o processo sirva eficazmente para ao final formar a convicção do Juiz. Nestes termos, deve, ao final da fase pré-processual realizar um esforço de raciocínio antecipatório de consideração em relação às evidências recolhidas para projetar uma futura decisão do Juiz. Em outras palavras, deve adiantar um pensamento mais ou menos assim: Com as evidências que disponho até agora e eventualmente com outras que porventura possa obter durante o processo, poderei

Não se pode deixar de registrar, também, que a investigação pode eventualmente ser dirigida à demonstração de fatos capazes de legitimar determinadas medidas cautelares como a prisão e o sequestro dos bens necessários à garantia da reparação do dano decorrente do fato criminoso, o que só reforça o fato de que é um instrumento vocacionado (em última instância) à aplicação justa da norma material.

6. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A DIGNIDADE DO INVESTIGADO OU ACUSADO: A NECESSIDADE DE SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Como se disse, a investigação preliminar é regrada sobre diversos aspectos, notadamente com foco na preservação dos bens mais valiosos do investigado e de terceiros ante a coatividade inerente aos atos do poder público⁴⁰.

Assim, eventuais métodos investigatórios que restrinjam em determinado patamar os direitos fundamentais do indivíduo, quando não são proibidos, acabam por restar condicionados a certas formalidades.

Essa necessidade de compatibilização dos atos do poder público com os direitos fundamentais do indivíduo decorre da supremacia da dignidade humana, uma vez que esta reclama a proteção daqueles bens mais fundamentais, exigindo, assim, seu reconhecimento e proteção.

Liberdade, privacidade e honra são os bens/direitos que mais divisam com a investigação criminal preliminar; de sorte que o seu reconhecimento como valores fundamentais deve repercutir na fixação de limites à investigação criminal e todas as atividades estatais.

contar com a possibilidade de que o juiz chegue a uma conclusão equivalente à minha? Deve-se ordenar e tornar claras e evidentes as conclusões no seu conjunto, transportando-se-as assim tal e qual o pensamento de uma cabeça à outra, – do Promotor ao Juiz, de forma a impedir distorções ou conclusões diferentes do entendimento projetado” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 88). No mesmo sentido, Roxin, para quem a meta do processo penal é a decisão sobre a punibilidade do acusado: 1) materialmente correta; 2) obtida em conformidade com o ordenamento jurídico processual; e 3) que restabeleça a paz jurídica. Para o autor, a decisão penal via de regra teria que contemplar assim essas três qualidades. (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Esp. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2000. p. 2).

40. “Ricerca delle prove. L'indagante raccoglie i materiali utili all'eventuale accusa: prove da acquisire negli incidenti o al dibattimento (ad esempio, possibili testimoni: art. 362); segni lasciati dal reato su persone, luoghi o cose” (artt 244 sgg); e “cose pertinenti al reato cominciando dal corpus delitti. Tale ricerca implica strumenti coattivi: accompagnamento manu militari (art. 132, 133, 375, lett. D, 377, commi 2 e 3), perquisizioni (artt. 247-252), sequestri (att. 253-65); à anche regola una ricerca occulta della prova attraverso parole vive colte a volo fissate” (artt. 266-71) (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2003. p. 815).

Para além disso, não mais se controverte quanto ao entendimento de que o indivíduo não pode figurar como mero objeto de qualquer atividade ou procedimento estatal que pode culminar com a restrição ou privação de algum direito seu, o que configura decorrência automática da sua dignidade de ser humano, que impõe ocupar a posição de sujeito, como protagonista dessa atividade, mediante a viabilização de poderes de controle sobre toda a atividade estatal e, conseqüentemente, sobre toda prova que é amealhada com a finalidade de subsidiar um decreto condenatório, o que deve se estender aos atos voltados à sua identificação e preservação⁴¹, isso porque é insofismável a sua interferência no resultado da final, sendo, como se viu, impossível compartimentar os efeitos das duas fases⁴².

Há, todavia, um complicador. É que a investigação criminal, na maioria dos casos, reclama um método inquisitivo para dotá-la de alguma eficácia, isso porque se trata de uma atividade dirigida ao desconhecido⁴³, não havendo como saber se a presença do investigado poderá inviabilizar a descoberta dos fatos.

Imagine-se, por exemplo, o investigado acompanhando o ato de coleta das declarações de uma testemunha, que afirma que sabe onde ele escondeu a arma do crime. Parece claro que o investigado de tudo fará para inviabilizar a arrecadação da mesma pelo investigador, o qual, ademais, por estar adstrito ao procedimento legal, terá que preencher determinadas formalidades para diligenciar com tal propósito.

Imperioso, pois, conciliar a efetividade da investigação criminal preliminar⁴⁴ com o respeito ao seu direito de participação, uma vez que ambos os valores, em última análise, configuram um desdobramento da dignidade humana.

-
41. Nesse sentido, para permitir que o acusado acompanhe mesmo sem presenciar os atos investigatórios relacionados à localização, preservação e guarda do vestígio até sua análise no âmbito do processo, é que o legislador recentemente instituiu a chamada cadeia de custódia da prova (CPP-158 e ss).
42. Um documento isoladamente considerado por vezes significa muito pouco, ou mesmo nada. Agora o mesmo documento encontrado em determinada situação, como, p. ex., na casa de determinado indivíduo pode significar muito, pode ser algo capaz de definir a veracidade de uma determinada tese acerca dos fatos. Não vale, pois, o argumento de que na investigação criminal não se declara, cria, extingue qualquer bem ou direito do indivíduo, para afastar a necessidade de preocupação com a participação fiscalizatória do arguido.
43. Segundo Colomer, “O ato de investigação se dirige a averiguar algo que se desconhece” (COLOMER, Juan-Luis Gomez. A investigação criminal – problemas atuais e perspectivas de unificação internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Editora Edicamp, 2002. p. 222). Ferrajoli, p. ex., trata a necessidade do segredo na investigação como uma obviedade. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 496).
44. Tal valor também é condição *sine qua non* para a afirmação e proteção da dignidade humana, sendo certo que a investigação criminal é instrumento voltado à defesa daqueles bens fundamentais ameaçados ou violados por condutas criminosas. Assim é o entendimento da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, que vem considerando como violação do direito de

Assim, tem-se, de logo, que essa inquisitorialidade, ou ausência de participação síncrona do investigado, só poderá ir até o estritamente necessário a fazer evidenciar os fatos e permitir sua reconstrução futura, o que acarreta:

a) a possibilidade de o investigado fiscalizar os atos investigatórios, ao menos posteriormente, o que exige que cada ato de investigação se submeta a um registro rigoroso⁴⁵, único meio que viabiliza esse controle ulterior;

b) que a instrução realizada no âmbito da investigação só pode se comunicar com aquela realizada no processo de partes, quando impossível adiá-la ou repeti-la.

Pode-se defender, pois, que o princípio do contraditório, que assegura ao indivíduo o máximo controle sobre a prova que se pretende utilizar em detrimento dos seus interesses, impõe uma restrição ao aproveitamento, como prova, do conjunto de elementos amealhados na investigação, merecendo este uma redução ao estritamente necessário.

Essa restrição ao livre aproveitamento da instrução realizada na investigação acaba por gerar um limite lógico à atividade (instrutória) do investigador, que só a realizará quando for estritamente inadiável, quer porque o adiamento implicaria em um risco de perda/deterioração do vestígio, quer porque o próprio desenrolar da investigação a exige⁴⁶, sendo certo que, em uma e outra hipóteses, o seu posterior aproveitamento como prova ficará condicionado à impossibilidade de sua repetição no âmbito do processo de partes.

Parece mesmo claro que o próprio modelo acusatório, que abrange a ideia de paridade de arma⁴⁷, restaria abalado se o Estado-acusação pudesse, no âmbito da investigação preliminar, realizar unilateralmente toda instrução, transportando seu resultado diretamente ao processo, expondo-o ao acusado, para sua crítica, e, por fim, utilizado na reconstrução dos fatos realizada pelo julgador.

Ademais, esse enfraquecimento injustificado do direito de fiscalização do, agora, acusado, redundaria no enfraquecimento da sua própria condição de sujeito processual, confrontando-se com a necessidade de respeito à sua dignidade humana.

proteção aos direitos humanos a não investigação eficaz dos crimes praticados em detrimento destes (RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 307).

45. (ROSA, Alexandre de Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: EMais, 2020. p. 352).

46. Como a realização de uma perícia ou a tomada de um depoimento com vistas a instruir medida investigatória com reserva de jurisdição.

47. O princípio acusatório reclama a chamada paridade de armas entre acusação e defesa, já que não haveria sentido em se exigir equidistância do juiz em relação às partes, se se descuidava de assegurar a igualdade na distribuição de poderes e encargos processuais.

7. A (IN)VIABILIDADE DA FIXAÇÃO DO LIMITE QUALITATIVO COMO MEIO PARA CONCILIAR A INVESTIGAÇÃO COM O MODELO ACUSATÓRIO

Agora, o que se põe em questão é se, para além dessa limitação à atividade instrutória do investigador, decorrente da proibição de aproveitamento como prova do conjunto resultante da atividade instrutória desenvolvida na investigação, há sentido em se defender uma limitação à atividade cognitiva do investigador⁴⁸, com a fixação de um determinado grau de profundidade com que se deverá investigar⁴⁹.

É o caso, então, de saber se: a) poderia um ordenamento impor ao investigador um limite para sua cognição, a partir do qual não poderia mais seguir formulando e experimentando hipóteses investigatórias sobre o fato investigado ou sobre a existência ou localização de algum vestígio; e b) seria possível fazê-lo com a objetividade necessária a conferir a mínima segurança jurídica ou previsibilidade em sua operação.

Não parece apropriada aqui uma analogia com os provimentos urgentes que podem ser proferidos em ações cíveis e criminais, onde o ordenamento impõe uma cognição superficial justamente porque a única compatível com a urgência com que deve se formar a convicção.

Aí, parece fácil estipular objetivamente o teto da cognição apropriada: justamente à medida do possível em tais circunstâncias.

O mesmo não ocorre no caso da investigação criminal, porquanto, ali o tempo não impõe logicamente um limite à atividade cognitiva do investigador, senão exatamente o contrário.

A urgência com a qual deve proceder a investigação implica que a cognição ali realizada seja a mais abrangente possível para que não deixe de ser compreendida toda e qualquer hipótese dotada de relevância, posto que, se ali não for experimentada, se abrirá grande possibilidade de que não seja mais possível mesmo em um futuro próximo⁵⁰.

48. Para Kazuo Watanabe, a cognição é um ato de inteligência, consistente em considerar e analisar, sendo o juízo ou convicção o seu fruto (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58). Ela pode ser vista como a aproximação do sujeito em relação ao objeto a ser compreendido. (HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 16). Assim, na investigação preliminar, esse objeto tanto pode corresponder ao fato constante da notícia crime (mediato) como aos seus vestígios e informações sobre a existência e/ou localização desses vestígios (imediato).

49. Defende-se para a investigação uma sumariedade qualitativa, que implicaria na “proibição de que o órgão encarregado da investigação preliminar (juiz instrutor, promotor investigador ou polícia) analise a fundo a matéria, ou seja, o fato constante da notícia crime, de modo que não poderá comprovar de forma plena todos os elementos necessários para emitir um juízo de certeza, mas a mera probabilidade, o grau de profundidade com que se investiga, ou o quanto a ser esclarecido, é menor.” (LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p. 179).

50. Como defendem Nestor Távora e Rosmar Alencar, uma das funções da investigação é justamente a de proteger a prova contra a ação do tempo (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Novo curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 153-154).

Tratando-se de busca de vestígios, com vistas a descortinar um fato até então encoberto, deve-se reconhecer que essa vai perdendo suas chances de sucesso com o passar do tempo, o que contraindica qualquer adiamento de ao menos um conhecimento preliminar sobre todos os fatos e elementos relacionados, exatamente porque o mesmo provavelmente não poderá ser efetivado posteriormente. Não há, pois, como menosprezar apenas a notícia de existência de um vestígio, informação ou dado que possam ser relevantes, já que não aguardarão chegar o tempo do processo de partes.

Assim, a investigação, mesmo que não seja guiada pela preocupação de fazer já ali a mais perfeita reconstrução dos fatos, tem, pois, que ser a mais completa possível, de modo a garantir que futuramente todos os vestígios do fato chegarão ao conhecimento dos atores processuais.

É, pois, inaceitável que o investigador assuma exclusivamente o ponto de vista de controlador da legitimidade da futura acusação e pare de investigar assim que atingido o mínimo exigido para uma acusação válida, sem se preocupar com o total esclarecimento dos fatos, ou seja, com a localização e, ao menos, a preservação de todos aqueles vestígios necessários/relevantes, exatamente porque não há outra forma para assegurar a justa aplicação da lei penal.

Não é razoável, então, que, atingida a chamada justa causa para ação penal, ele se mostre indiferente àquele *plus* necessário a atingir o grau de suficiência exigido para uma condenação, devendo, ao menos, assegurar a sua preservação, para que possa ser levado futuramente ao processo.

E a necessidade de preservação muitas vezes termina por exigir um aprofundamento da cognição sobre os elementos e informações já disponíveis, já que a descoberta de um novo vestígio dependerá, na maioria dos casos, de uma detida análise sobre outro.

Pode-se concluir, então, que não pode ter êxito a defesa da tal limitação qualitativa da investigação criminal, quer porque a função da investigação definitivamente não se esgota na formação da chamada justa causa para ação penal, quer porque é impossível definir, com a objetividade indispensável à sua aplicação na prática, um nível de profundidade da cognição e mesmo o grau de convicção do investigador.

Assim, embora seja correto afirmar que o investigador não busca já ali um elevado grau de segurança para a versão que emergirá ao fim da investigação, isso não autoriza dizer que a atividade cognitiva própria da investigação deva parar ao se atingir o respectivo grau de convicção, devendo prosseguir em busca de todos os elementos, fatos e circunstâncias que dizem respeito com o fato investigado, ainda que tal aproximação se faça apenas para assegurar, no futuro, a uma mais profunda reflexão, capaz de levar ao grau máximo de segurança, não sendo possível, pois, que o investigador despreze esse ideal, enquanto guia de sua atividade cognitiva.

Isso não implica dizer que se concorda com a prática da polícia judiciária brasileira, que ainda se preocupa em formalizar a investigação com uma roupagem “judicialiforme”, mediante uma espécie de instrução cartorária, o que, aliás, parece ser uma das principais causas da intolerável lentidão e ineficácia da persecução penal, e muito menos

com a nossa praxe judicial, tendente à confirmação da instrução realizada na investigação, nitidamente incompatível com a ideia de processo equitativo⁵¹.

Deve-se, pois, buscar uma verdadeira mudança de paradigma no sistema de investigação preliminar brasileiro, deslocando-o de um modelo marcadamente instrutório, voltado à documentação das evidências para sua utilização no processo de partes como se provada documental fossem, para um modelo centrado no esclarecimento do fato investigado e na preservação das fontes de prova⁵².

É, aliás, esse o problema que se pretende resolver com a defesa da ideia da limitação qualitativa (ou na sumarização da cognição)⁵³, o que, todavia, como se viu, mostra-se inadequado porque uma cognição, mesmo sumária, poderia redundar em uma indevida atividade instrutória e desproporcional, já que desnecessariamente geraria o risco de perda de vestígios e informações relevantes, muitas vezes em prejuízo do próprio investigado/acusado.

8. CONCLUSÕES

Entende-se que toda a argumentação desenvolvida no presente trabalho é capaz de sustentar as seguintes assertivas, trazidas agora a título de conclusões:

51. Aliás, isso parece ser um problema também na Alemanha, o que se conclui pela irresignação de Roxin: “El procedimiento de investigación, que según el programa originario del legislador sólo debía preparar el procedimiento que tenía su coronación en el juicio oral, se ha convertido, entretanto, con frecuencia, en la parte esencial del proceso penal. (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Esp. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2000. p. 326)
52. Um passo importante já foi dado pelo legislador, quando, no parágrafo 3º do artigo 3º-C, do Código de Processo Penal, impôs a retenção dos autos do inquérito policial após o recebimento da acusação, o que servirá como um desestímulo ao desperdício de energia com essa ultrapassada função instrutória da investigação preliminar. O referido dispositivo, entretanto, está suspenso por decisão liminar proferida nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.
53. “Note-se que é exatamente no ponto em que a doutrina costuma se limitar a diagnosticar, relatar e esquadriñar determinados elementos do processo penal que sua tarefa crítica e democrática é comprometida. De fato, se a função declarada do inquérito policial, como aponta a ampla maioria doutrinária é tão somente permitir ao Ministério Público a formação da *opinio delicti*, se perde de vista que sua principal função (manifesta ou latente) é a de subsidiar as sentenças judiciais. Tanto que o art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro apareceu para regular uma velha prática forense: a do ‘cotejo dos elementos informacionais colhidos na fase do inquérito policial com os demais produzidos judicialmente em contraditório’. Evidentemente, a partir de sua redação, o art. 155 do CPP estaria tão somente a proibir a sentença condenatória baseada exclusivamente nos autos do inquérito policial. Todavia, a interpretação do mencionado dispositivo legal, pelo prisma do que é permitido ao magistrado, autoriza ‘mais do mesmo’”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In. ZANOTTI, Bruno; SANTOS, Cleopas. *Temas atuais de polícia Judiciária*. Salvador: Ed. JusPodivm. 2016. p. 89).

- i) a investigação criminal consiste na atividade de busca, recolha e/ou conservação dos vestígios de um crime;
- ii) a investigação criminal pode referir-se também ao procedimento de natureza administrativa (não jurisdicional) realizado com o propósito de evidenciar um fato criminoso;
- iii) a investigação preliminar tem como função elucidar o crime, angariar o material indispensável a garantir um processo penal não temerário e preservar os elementos de convicção necessários à mais completa reconstrução dos fatos a ser operada no processo de partes;
- iv) não se mostra razoável a defesa da fixação de um grau máximo para a atividade cognitiva do investigador, seja pela falta de critérios objetivos que definam até onde (legitimamente) investigar, seja porque a investigação não tem como única função amealhar os elementos necessários ao exercício da ação penal, cabendo-lhe, também, a missão de desvendar o fato criminoso, mediante a recolha ou, ao menos, a identificação e asseguramento de todos os elementos necessários à sua reconstrução;
- v) a instrução realizada na investigação deve ser limitada ao mínimo indispensável para assegurar a preservação dos vestígios e/ou para garantir o desenvolvimento da investigação, devendo-se impedir ademais sua comunicação com a instrução realizada no processo, salvo naquilo que se mostrar irrepetível.

9. REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. IV.
- COLOMER, Juan-Luis Gomez. A investigação criminal – problemas atuais e perspectivas de unificação internacional. In. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Editora Edicamp, 2002.
- COLOMER, Juan-Luis Gomez. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffré, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERRER, Jordi. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia v.r.p., v.p.c. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH. In. *Quaestio facti* – Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Madri, n. 1, 2020, p. 359-382.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.
- GIL, Fernando. Modos da verdade (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins). Separata da *Revista de História das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra*, v. 23, Coimbra, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Sumarização da investigação preliminar brasileira: notas sobre a disfuncionalidade do inquérito policial à luz do direito fundamental a um juiz imparcial. In: ZANOTTI, Bruno; SANTOS, Cleopas. *Temas atuais de polícia Judiciária*. Salvador: Ed. JusPodivm. 2016.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Tirant Brasil, 1999.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito. The Brazilian lessons*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Enjuiciamiento criminal, septima lectura constitucional*. Barcelona: Atelier Libros, 2004.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MESQUITA, Paulo Dá. *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wünzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1996.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- NORES, José I. Cafferata, La eficacia de la investigación penal en el estado de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 35, São Paulo: Ed. RT, 2001.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal, uma introdução jurídico-científica*. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.
- POPPER, K. R. *A miséria do historicismo*. Trad. Octany S. da Mota; Leonidas He-genberg. São Paulo: EDUSP, 1980.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

- REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: EMais, 2020.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Esp. Gabriela E. Córdoba; Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2000.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 2010. v. I.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo, 2000. v. III.
- SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 2004. v. 2.
- SOLER, José Maria Rifá. Actos de investigación, actos de Instrucción Y actos de Prueba. In. LLUCH, Xavier Abel; GONZÁLEZ, Manuel Richard. *Estudios sobre la prueba penal*, v. I – Actos de investigación y medios y prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites. Argentina: La ley, 2010.
- TARUFFO, Michele. La verdad y prueba dentro del proceso. In. FERRER, Jordi; VÁSQUEZ, Carmen; TARUFFO, Michele. *Teoría de la prueba*. Sucre: Conexión Creativa, 2018.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. *Novo curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mroz. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A lei 13.245/2016 e a efetivação das prerrogativas do advogado na investigação criminal: garantia constitucional ao direito de defesa na fase preliminar, de Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes, Marcos Eugênio Vieira Melo e Tiago Bunning Mendes – *RBCCrim* 159/261-296 (DTR\2019\39956);
- Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal, de Caio Marcelo Cordeiro Antonietto e Douglas Rodrigues da Silva – *RBCCrim* 156/61-90 (DTR\2019\31665); e
- Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal, de Ricardo Jacobsen Gloeckner – *RBCCrim* 117/263-286 (DTR\2016\114).

SAÚDE DA POPULAÇÃO PRISIONAL E POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM CONTEXTO DE PANDEMIA: ENTRE A VIDA E A MORTE

HEALTH OF THE PRISON INMATES AND INCARCERATION POLICY IN PANDEMIC CONTEXT: BETWEEN LIFE AND DEATH

ALESSANDRA R. MASCARENHAS PRADO

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, PUC/SP. Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do PPGD da UFBA. Líder do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP), cadastrado no Diretório do CNPq.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9972-6634>].
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>].
alessandra.prado@ufba.br

ELENICE RIBEIRO NUNES DOS SANTOS

Doutoranda em Jurisdição Constitucional e Novos Direitos pelo PPGD da UFBA. Mestra em Direito Público, PUC/SP. Professora Assistente da Faculdade de Direito da UFBA. Membro do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP), cadastrado no Diretório do CNPq.
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1504-3930>].
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9920435893871747>].
elenicerns@ufba.br
Autoras convidadas

ÁREAS DO DIREITO: Direitos Humanos; Penal

RESUMO: A pandemia de Covid-19 marcou o ano de 2020 por todas as restrições que implicaram a liberdade de ir e vir, a atenção para as questões sanitárias e a necessidade de redirecionamento das políticas públicas. Nesse contexto, considerando as peculiaridades do sistema prisional, a construção do presente artigo partiu do seguinte questionamento: as medidas adotadas pelo Estado brasileiro, considerando mais especificamente a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, nos âmbitos estadual e federal, para controle da

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic marked 2020 for all the restrictions it entailed on the freedom to come and go, attention to health issues and the need to redirect public policies. In this context, considering the peculiarities of the prison system, the elaboration of this article started from the following question: do the measures adopted by the Brazilian State, considering more specifically the performance of the Executive and Judiciary Branches, at the state and federal levels, to control the pandemic in the prison

pandemia no sistema carcerário, visam garantir o direito à saúde da população prisional ou cumprem outra função? Para tanto, a pesquisa consistiu no levantamento de dados referentes às normativas internacional e nacional produzidas a partir do reconhecimento da pandemia pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020; aos julgados dos Tribunais Superiores brasileiros, no tocante à aplicação da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça; a Relatórios de fiscalização do sistema prisional no período anterior à pandemia e a Relatórios de acompanhamento das medidas adotadas durante a pandemia. Além de pesquisa a matérias publicadas na imprensa, em razão da novidade do tema, bem como dos poucos dados divulgados nos sites das Secretarias de Administração Penitenciária dos estados.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19 – Sistema prisional – Direito à saúde – Sistema penal – Judicialização.

system, aim to guarantee the right to health of the prison population or do they fulfill another function? To this purpose, the research consisted of the analysis of data related to international and national regulations produced from the recognition of the pandemic by the World Health Organization in March 2020; to the judgments of the Brazilian Superior Courts, with regard to the Recommendation No. 62 of the National Council of Justice enforcement; Prison systems inspections reports in the pre-pandemic period and Monitoring reports of measures adopted during the pandemic; and articles published in the press.

KEYWORDS: Covid-19 – Prison system – Right to health – Penal system – Judicialization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O cárcere como estado de coisas inconstitucional. 2.1. “O quadro é de horror”: antes e depois da ADPF 347. 3. A saúde dos custodiados em um ambiente pandêmico. 3.1. A pandemia e o sistema prisional: potencialização dos riscos à saúde. 4. Medidas para contenção da disseminação do coronavírus nas unidades prisionais brasileiras. 4.1. Mais restrições, menos direitos: as ações do Poder Executivo. 4.2. A Recomendação CNJ 62/2020 e sua repercussão. 4.2.1. A inobservância da Recomendação. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O mundo se surpreende, em 2020, com a rápida propagação de um novo vírus que afeta o sistema respiratório, cuja forma de transmissão, efeitos e tratamento exigem dos cientistas esforços extraordinários para seu combate. Enquanto a população do globo terrestre aguarda pela vacina, os governos foram instados a tomar medidas drásticas para contenção da pandemia.

A evitação de aglomeração de pessoas, o isolamento social, o estabelecimento de um distanciamento mínimo, a imposição do uso de máscaras para proteção da boca e do nariz, a proteção dos olhos, a higiene das mãos são as principais medidas e orientações adotadas pelos governos que tentam controlar a disseminação da Covid-19. Em grande parte dos países afetados, as atividades escolares foram suspensas e muitos serviços

passaram a ser executados, remotamente, de casa. Contudo, pouco se deu atenção à população carcerária.

No Brasil, o governo federal menosprezou a pandemia, denominando a infecção respiratória, que já causou mais de 210.000 mortes no país, de “gripezinha” (BRUM, 2020), bem como demonstrou, em vários momentos, o desprezo pela ciência e pelas vidas dos brasileiros. Essa postura não seria diferente em relação à população privada de liberdade, a terceira maior população encarcerada do mundo. Restaria às Secretarias de Administração Penitenciária e ao Poder Judiciário adotar medidas para preservação da saúde e da vida da população carcerária.

Surge, então, o questionamento que conduziu a pesquisa: as medidas adotadas pelo Estado brasileiro, considerando mais especificamente a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, nos âmbitos estadual e federal, para controle da pandemia no sistema carcerário, visam garantir o direito à saúde da população prisional ou cumprem outra função?

Dessa forma, o objetivo é refletir sobre a situação de saúde da população que habita as unidades prisionais e sobre a luta travada, antes, mas principalmente, durante a pandemia, para convencer as autoridades do óbvio: a necessidade do desencarceramento.

Para alcançar esse objetivo, foi realizada pesquisa documental, que consistiu no levantamento de dados referentes às normativas internacional e nacional produzidas a partir do reconhecimento da pandemia pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020, mais especificamente no que diz respeito ao sistema prisional; aos julgados dos Tribunais Superiores brasileiros no tocante à aplicação da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça; a Relatórios de fiscalização do sistema prisional no período anterior à pandemia e Relatórios de acompanhamento das medidas adotadas durante a pandemia. Além de pesquisa a matérias publicadas na imprensa eletronicamente, em razão da novidade do tema, bem como dos poucos dados divulgados nos sites das Secretarias de Administração Penitenciária dos estados.

O trabalho, então, aborda o direito à saúde, a situação do sistema prisional e as providências adotadas (ou não adotadas) pelos órgãos governamentais diante da realidade pandêmica. No âmbito do Poder Judiciário, além da atuação do Conselho Nacional de Justiça, serão discutidos o manejo e a proliferação dos instrumentos de tutela coletiva para garantia da liberdade. Nesse ponto, trataremos de ações de controle de constitucionalidade ajuizadas e da mudança em relação à forma de luta para defesa dos direitos dos mais vulnerados.

2. O CÁRCERE COMO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Ultimamente, no Brasil, as ações de controle de constitucionalidade¹ são amplamente utilizadas para tratar da garantia à saúde dos custodiados, essa população invisibilizada

1. O controle de constitucionalidade surge a partir do desenvolvimento do princípio da supremacia da Constituição. Isso porque o nascimento da primeira Constituição escrita não coincide com

que habita as carceragens do país. Pessoas que estão em ambientes fétidos e expostas a doenças potencializadas pelo confinamento, como sarna, hepatite, tuberculose, HIV e até hanseníase.

Em tempos de pandemia, ferramentas de controle de constitucionalidade tornam-se ainda mais importantes. Apesar de ser necessário lutar pela efetividade dos julgados, é preciso utilizar todas as possibilidades jurídicas que o sistema fornece para denunciar e forçar a adoção de providências que minorem o sofrimento das pessoas em situação de cárcere.

2.1. “O quadro é de horror”: antes e depois da ADPF 347

No ano de 2008, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Prisional, da Câmara de Deputados Federais, apresentou relatório final e concluiu que: “a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente [...], uma realidade cruel, desumana, animalésca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano” (BRASIL, 2009, p. 192-193).

O Relatório contém diversas referências à situação das unidades prisionais, a exemplo de uma unidade prisional feminina no Pará:

“O quadro é de horror: mulheres dormindo no chão por falta de espaço, detentas com doenças de pele e amareladas por falta do banho de sol, comida estragada na cozinha da cadeia, esgoto a céu aberto, lixo acumulado, centenas de moscas rondando o ambiente.” (BRASIL, 2009, p. 162)

No Mato Grosso do Sul, após inspeção à Colônia Penal, os Deputados registraram:

“[...] a água é escassa e não há energia elétrica. Os presos alojam-se em barracas improvisadas, cobertas com lonas, instaladas em área aberta, ou se ajeitam, em redes, embaixo de árvores. Dezenas de presos dormem na pocilga com porcos que pertencem a agentes penitenciários. O esgoto escorre a céu aberto e há lixo jogado por todo lado.” (BRASIL, 2009, p. 162)

o aparecimento do controle de constitucionalidade. Em verdade, a necessidade de ferramentas de controle só fica evidente após violações ao texto. As ações de controle de constitucionalidade se prestam à proteção dos valores previstos no ordenamento. No Brasil, boa parte do controle de constitucionalidade ficou nas mãos do Poder Judiciário, o que se constitui em um problema, vez que a decisão sobre a constitucionalidade deveria ser compartilhada entre os três poderes e o povo. Sim, o povo. Em um Estado democrático não há justificativa para excluir os cidadãos de decisões tão importantes para a sociedade. A Constituição precisa ser protegida e reafirmada todos os dias. Reiterada nas peças, nos discursos, nas práticas. A existência de um texto não garante a sua eficácia. Os instrumentos do controle de constitucionalidade são manejados todos os dias para garantir a supremacia da Constituição. Por vezes, em coisas que até parecem – ou deviam parecer – óbvias, como o direito à vida.

Em relação à assistência à saúde, após discorrer sobre várias situações gravíssimas de violação a esse direito, a Comissão conclui que

“Doença na prisão é facilmente transmitida em face do ambiente insalubre e superlotado. A CPI considera essenciais, no processo de melhoria do ambiente carcerário, assistência médica, farmacêutica, odontológica e psicológica, além de instalações médico-sanitárias para os presos.” (BRASIL, 2009, p. 205)

Apesar de tudo que foi constatado, a situação deplorável das unidades prisionais brasileiras, no geral, não mudou.

Diante da continuidade da superlotação, da sujeira, da insalubridade, da “proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos” (BRASIL, 2020, p. 02), entre outros fatores, em 27 de maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL – ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e determinada a adoção de algumas providências para “sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, a seguir descritas, no tratamento da questão prisional no país”.

Ainda naquele ano, o Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU realizou inspeção em unidades prisionais de quatro estados, para verificar a ocorrência de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Uma das conclusões do Relatório destaca que:

“[...] [as] condições de detenção muitas vezes equivalem a tratamento cruel, desumano ou degradante. A superlotação severa leva a condições caóticas dentro das instalações, e impacta muito as condições de vida dos detentos e seu acesso a alimentos, água, assistência jurídica, assistência médica, apoio psicossocial, oportunidades de trabalho e educação, além de sol, ar fresco e recreação.”² [tradução das autoras] (ONU, 2016, p. 19-20)

Em 09 de setembro de 2015, quando a população prisional brasileira somava aproximadamente 698.000 presos (BRASIL, 2017, p. 9), foi reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, o estado de coisas inconstitucional (ECI),

2. “Conditions of detention often amount to cruel, inhuman or degrading treatment. Severe overcrowding leads to chaotic conditions inside facilities, and greatly impacts the living conditions of inmates and their access to food, water, legal defence, health care, psychosocial support, work and education opportunities, as well as sun, fresh air and recreation” (ONU, 2016, p. 17).

considerando, principalmente, “a violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas” (ADPF 347 MC/DF).³

Apesar do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional⁴ e da determinação de medidas a serem adotadas pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, essa grave situação das unidades prisionais brasileiras não se modificou e pode ser constatada, por exemplo, no índice da taxa de mortalidade por 100 mil habitantes nas prisões, três vezes maior do que na população em geral – conforme Relatório de Gestão de Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017).

Uma decisão importante, porém simbólica, que surtiu pouco efeito, pois persistem as violações e a tortura próprias de países que adotam a morte como medida de política pública. Esse julgamento não alterou os critérios de seleção e de punição do Poder Judiciário, em geral, e não desfez a associação justiça e prisão.

A mesma estrutura que declara o sistema prisional como Estado de Coisas Inconstitucional perpétua e incentiva a violação de direitos. Sobre isso, as autoras Ana Flauzina e Thula Pires (2020, p. 23) escreveram:

“A forma como se deu o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais pelo STF e a maneira como se trata dos direitos das mães no contexto da prisão domiciliar são ilustrativos da forma como o poder público no Brasil tem gerido o genocídio negro.”

Declarar o ECI no sistema carcerário e operar pela manutenção da situação atual, como dizem as autoras (FLAUZINA; PIRES, 2020), retrata bem a ideologia que rege a política criminal punitivista, pelo encarceramento. É a mesma que orientou a escravidão e a violência sem tréguas à população que sempre foi levada às unidades prisionais: pessoas negras e de baixa renda.

Controle penal impulsionado no Brasil, a partir da produção científica de Nina Rodrigues, que “potencializou e funcionalizou o paradigma racial-etiológico colocando-o em consonância com a prática de um sistema punitivista alicerçado sobre o racismo, reforçando ambos, a prática pela legitimação científica e o racismo pela prática discriminante, um círculo racista perfeito” (GÓES, 2015, p. 190-191).

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tutela Provisória Incidental na ADPF 347*. Relator: ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560]. Acesso em: 13.08.2020.

4. Técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, que visa combater inconstitucionalidades geradas a partir da ineficiência de políticas públicas, que envolvam muitas pessoas e que dependam da atuação de autoridades e poderes estatais para sua resolução.

Segundo Vera Malaguti (2008, p. 20), essa estratégia de legitimação do racismo cientificamente visava “manter a hierarquia sem a escravidão, manter essa hierarquia social perversa brasileira, manter ‘os negros nos seus lugares’ sem a escravidão”. E o sistema penal brasileiro, desde o seu surgimento, serviu como “uma estratégia permanente” para manter essa hierarquia social bem rígida.

A permanência desse controle do sistema penal pode ser percebida, por exemplo, a partir do confronto entre os dados do IBGE (2020) e do INFOPEN (2020) – enquanto a população brasileira é formada por 42,7% pessoas brancas, 46,8% pessoas pardas, 9,4% pessoas pretas e 1,1% pessoas amarelas ou indígenas; a população prisional brasileira é formada por 32,29% pessoas brancas, 49,88 pessoas pardas e 16,81% pessoas pretas e 1,01% pessoas amarelas ou indígenas. São corpos negros, portanto, que em sua maioria são sujeitos a esse estado de coisas inconstitucional, reproduzindo-se a lógica da escravidão dos corpos açoitados e amontoados nas senzalas.

3. A SAÚDE DOS CUSTODIADOS EM UM AMBIENTE PANDÊMICO

O conceito de saúde há muito deixou de ser, simplesmente, a ausência de doença. Atualmente, o direito à saúde relaciona-se com o bem-estar geral do indivíduo e está previsto nas Constituições e em vários documentos internacionais. Tratados internacionais também reconhecem o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, a exemplo das Regras Mínimas para Tratamento do Preso, em sua primeira versão e na atual (Regras de Mandela), e das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas, e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok).

No que concerne à legislação brasileira infraconstitucional, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e a Portaria Interministerial 01/2014, que institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), preveem normas que visam assegurar o direito à saúde à população privada de liberdade.

Entretanto, o descompasso entre a legislação e a efetivação do direito à saúde permanece grande. A legislação avançou, mas os meios para sua concretização não foram garantidos, como observou o Relator Especial da CIDH, em 2015:

“131. O Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário e a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde para pessoas privadas de liberdade na prisão estabelecem o princípio de que, em tese, o sistema público de saúde abrange todos os presos. No entanto, não é o caso na prática. Devido à severa superlotação, os serviços de saúde nos

presídios estão criticamente sem capacidade de cumprir efetivamente sua missão de prestar atenção médica básica aos detentos.”⁵

Foram detectados o *deficit* de profissionais de saúde e medicamentos; a precariedade das instalações para o atendimento médico; a demora do atendimento (itens 133 a 135). Assim como foi registrado que, diante da insuficiência, em geral, do atendimento pelo sistema público de saúde, “há que se responder às necessidades específicas dos detentos decorrentes das condições de prisões superlotadas, e prevenir e tratar doenças prevalentes”⁶ [tradução das autoras] (ONU, 2016, p. 20).

Dados do INFOPEN (2019) revelam que de um total de 31.723 ocorrências na área de saúde, registradas no sistema prisional brasileiro no período de julho a dezembro de 2019, 26,86% dos casos correspondem à HIB, 28,72% à tuberculose, 21,81% à sífilis e 9,51% à hepatite; mas há que se considerar que as equipes de saúde não conseguem atender a todas as pessoas e, dessa forma, pode haver subnotificação de casos. Dados do CNMP (BRASIL, 2018) apontam que 30,2% das unidades prisionais do país não oferecem nenhuma assistência médica.

Percebe-se que, a despeito de avanços que ocorreram no campo normativo e das diretrizes da política nacional de atenção à saúde da população prisional, a prestação do serviço fica muito aquém das suas necessidades. A carência de profissionais, a inadequação e a improvisação dos locais de atendimento, a falta de medicamentos e vacinas, a dificuldade de marcação e de transporte para realização de exames e cirurgias são alguns dos problemas que se apresentam no particular. Somam-se a isso as instalações insalubres, a falta de material de higiene pessoal e de limpeza das celas e áreas comuns, a umidade de alguns locais, que favorecem o agravamento e a propagação das mais variadas doenças, a maior parte, doenças que afetam de forma grave a imunidade dos presos e das presas.

Se a negligência existe em relação à população geral, a situação é muito pior quando se trata das pessoas custodiadas. O próprio confinamento é um fator que potencializa e facilita a disseminação de uma série de doenças físicas e mentais.

A população encarcerada é, essencialmente, uma população doente. Uma população acometida por uma série de enfermidades, muitas delas com tratamento eficaz já existente, mas que, por falta de higiene, de acesso a tratamento médico e, principalmente, de interesse político, não alcança os custodiados. O Estado, que tem a obrigação de guarda

5. “131. The national health plan for the penitentiary system and the national policy on comprehensive health care for people deprived of liberty in prison set out the principle that, in theory, the public health system covers all inmates. This is not the case in practice, however. Due to severe overcrowding, health services in prisons are critically lacking capacity to effectively accomplish their mission of providing basic medical attention to inmates” (ONU, 2016, p. 18).
6. “137. The inclusion of inmates in the general public health system is insufficient; there is a need to respond to the particular needs of inmates that stem from overcrowded detention conditions, and to prevent and treat prevalent diseases” (ONU, 2016, p. 19).

dessas pessoas, tem demonstrado incapacidade para garantir o cumprimento da pena em condições mínimas de dignidade.

Resta cada vez mais evidente, como disse Lola Anyar de Castro, que estamos diante do que denominou de sistema penal subterrâneo, ou seja, aquele que não condiz com as prescrições normativas, a partir da Constituição:

“ainda que proibidos pelo sistema penal aparente, há procedimentos diferenciais para as classes subalternas no terreno fático: [...] execução penal à margem dos Direitos Humanos: carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a prestações culturais ou desportivas, etc., e sofrimentos físicos e morais excedentes aos prescritos por lei.” (ANYAR DE CASTRO, 1984, p. 246)

Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 293) explica que, ao não cumprir suas promessas e implicar “excessivas desigualdades, injustiças e mortes não prometidas”, o sistema penal, mais do que ineficácia, revela uma eficácia invertida, “na qual se inscreve não apenas o fracasso do projeto penal declarado mas, por dentro dele, o êxito do não-projetado; do projeto penal latente da modernidade”.

Verifica-se que a privação da liberdade não cumpre as funções declaradas (de ressocializar, por exemplo) e ainda desconstitui as pessoas encarceradas – pessoas negras e pobres – da condição de sujeitos de direitos, a exemplo do que ocorre com o direito à saúde.

3.1. *A pandemia e o sistema prisional: potencialização dos riscos à saúde*

Desde dezembro de 2019 o mundo assiste ao alastramento da doença respiratória aguda causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). Em março de 2020, a OMS declarou o surto como pandemia. Destaca-se que a doença se manifesta em diversos graus (BMJ, 2020, p. 4):

“A apresentação clínica é geralmente a de uma infecção respiratória com uma gravidade do sintoma que vai de uma doença leve comum semelhante a um resfriado, a uma pneumonia viral grave levando a síndrome do desconforto respiratório agudo que é potencialmente fatal. Os sintomas característicos incluem febre, tosse e dispneia, embora alguns pacientes possam ser assintomáticos. Complicações de doenças graves incluem, mas não se limitam, à falência de vários órgãos, choque séptico e coágulos sanguíneos.”⁷ [tradução das autoras]

7. “The clinical presentation is generally that of a respiratory infection with a symptom severity ranging from a mild common cold-like illness, to a severe viral pneumonia leading to acute respiratory distress syndrome that is potentially fatal. Characteristic symptoms include fever, cough, and dyspnoea, although some patients may be asymptomatic. Complications of severe disease include, but are not limited to, multi-organ failure, septic shock, and blood clots” (BMJ Best Practice, p. 4).

Estudos apontam que o contágio do vírus ocorre por meio das vias aéreas superiores (nariz e boca, principalmente), havendo necessidade de distanciamento de um metro e meio entre as pessoas, utilização de máscaras quando em contato com terceiras pessoas, lavagem das mãos com sabão ou higienização com álcool a 70%, não havendo ainda medicamento eficaz para controlar a doença, nem vacina para evitar a contaminação.

Diante disso, e considerando as peculiaridades do ambiente prisional, a Organização Mundial da Saúde lista os motivos em razão dos quais o desafio para prevenir e tratar a Covid-19 nas prisões é muito maior:

- “1. A transmissão generalizada de um patógeno infeccioso que afeta a comunidade em geral representa uma ameaça de introdução do agente infeccioso em prisões e outros locais de detenção; o risco de aumentar rapidamente a transmissão da doença dentro de prisões ou outros locais de detenção provavelmente terá um efeito amplificador sobre a epidemia, multiplicando rapidamente o número de pessoas afetadas.
2. Os esforços para controlar a Covid-19 na comunidade provavelmente falharão se medidas fortes de prevenção e controle de infecções (IPC), testes adequados, tratamento e cuidados não forem realizados em prisões e outros locais de detenção também.
3. Em muitos países, a responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde em presídios e outros locais de detenção é do Ministério da Justiça/Assuntos Internos. Mesmo que essa responsabilidade seja mantida pelo Ministério da Saúde, a coordenação e a colaboração entre os setores de saúde e justiça são primordiais para que a saúde das pessoas nos presídios e em outros locais de detenção e da comunidade em geral seja protegida.
4. As pessoas nas prisões e em outros locais de detenção já estão privadas de sua liberdade e podem reagir de forma diferente a outras medidas restritivas impostas a elas.”⁸
[tradução das autoras]

-
8. “1. Widespread transmission of an infectious pathogen affecting the community at large poses a threat of introduction of the infectious agent into prisons and other places of detention; the risk of rapidly increasing transmission of the disease within prisons or other places of detention is likely to have an amplifying effect on the epidemic, swiftly multiplying the number of people affected.
 2. Efforts to control Covid-19 in the community are likely to fail if strong infection prevention and control (IPC) measures, adequate testing, treatment and care are not carried out in prisons and other places of detention as well.
 3. In many countries, responsibility for health-care provision in prisons and other places of detention lies with the Ministry of Justice/Internal Affairs. Even if this responsibility is held by the Ministry of Health, coordination and collaboration between health and justice sectors are paramount if the health of people in prisons and other places of detention and the wider community is to be protected.
 4. People in prisons and other places of detention are already deprived of their liberty and may react differently to further restrictive measures imposed upon them” (WHO, 2020, p. 2).

Além disso, a OMS destaca que há maior vulnerabilidade dessa população para o contágio da Covid-19, pois, além da proximidade umas com as outras,

“[...] as pessoas nas prisões normalmente têm uma maior carga subjacente da doença e piores condições de saúde do que a população em geral, e frequentemente enfrentam maior exposição a riscos como tabagismo, má higiene e defesa imunológica baixa devido ao estresse, má nutrição ou prevalência de coexistência de doenças, como vírus transmitidos pelo sangue, tuberculose e distúrbios do uso de drogas.”⁹ [tradução das autoras]

Carvalho et alii (2020, p. 3496), a partir de revisão de artigos da área da saúde, informam que “o risco para uma pessoa privada de liberdade desenvolver tuberculose no Brasil é 30 vezes maior do que a população geral brasileira. As doenças infecciosas são responsáveis por cerca de 17,5% das mortes nas prisões”.

Mesmo antes da pandemia de Covid-19, o Relator Especial da CIDH chamava a atenção para a maior exposição da população prisional à contaminação pelas mais variadas doenças:

“130. A extrema falta de saneamento encontrada na maioria dos locais visitados, combinada com a presença de doenças altamente contagiosas – tuberculose, hanseníase e hepatite – e a superlotação, transformaram as prisões, especialmente as dos presos do sexo masculino, em locais onde a prevenção de doenças é um desafio permanente e não atendido.”¹⁰ [tradução das autoras]

Pesquisadores da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, afirmam que

“na população livre estima-se que cada infectado contamine 2 a 3 pessoas. Dadas as condições de encarceramento nas prisões brasileiras, pode-se estimar que um caso contamine até 10 pessoas. Assim, em uma cela com 150 PPL, 67% deles estarão infectados ao final de 14 dias, e a totalidade, em 21 dias.” (SÁNCHEZ et alii, 2020)

9. “The very fact of being deprived of liberty generally implies that people in prisons and other places of detention live in close proximity with one another, which is likely to result in a heightened risk of person-to-person and droplet transmission of pathogens like Covid-19. In addition to demographic characteristics, people in prisons typically have a greater underlying burden of disease and worse health conditions than the general population, and frequently face greater exposure to risks such as smoking, poor hygiene and weak immune defence due to stress, poor nutrition, or prevalence of coexisting diseases, such as bloodborne viruses, tuberculosis and drug use disorders” (WHO, 2020, p. 2).
10. “130. The extreme lack of sanitation found in most places visited, combined with the presence of highly contagious diseases – tuberculosis, leprosy and hepatitis – and overcrowding, have turned prisons, especially those for male inmates, into places where prevention of disease is a permanent and unmet challenge” (ONU, 2016).

Nota técnica elaborada por um Professor Associado de Doenças Infecciosas da Faculdade de Medicina e por um Professor Titular de imunologia e parasitologia, do Instituto de Ciências Biológicas da UNB, solicitada pela Coordenação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Distrito Federal, conclui que é elevadíssima “a probabilidade de transmissão efetiva e rápida da doença nos ambientes de confinamento. A aglomeração deve ser fortemente evitada” (UNB, 2020).

Em dezembro de 2019, o INFOPEN registrava um total de 755.274 pessoas privadas de liberdade, com um *deficit* de 312.925 vagas (BRASIL, 2019). É nesse cenário de unidades superlotadas, de estado de coisas inconstitucional declarado pelo STF, em razão das péssimas condições estruturais e das insuficientes assistências material e de saúde prestadas no sistema prisional, que a pandemia chega a esse local.

Embora os presos não saiam das unidades, eles estão em contato permanente com profissionais que ali prestam serviços administrativos, de saúde, de segurança, de alimentação, entre outros, e que transitam pela cidade, que trabalham em outros locais e que, em contato com pessoas contaminadas, acabam também se contaminando.

Os primeiros casos de coronavírus no Brasil foram detectados em fevereiro de 2020, enquanto os primeiros casos de infecção pelo novo coronavírus no sistema prisional foram noticiados em abril, na região Norte do país (STABILE, 2020; SEAP, 2020).

Em 20 de julho de 2020, dados coletados pelos Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMFs) de 20 estados revelavam a existência de 13.778 pessoas infectadas no sistema prisional brasileiro (8665 internos; 5113 agentes). Observa-se que, em 30 dias, houve um aumento de 99,3% casos, enquanto o número de óbitos aumentou 33,3%, em 30 dias, somando um total de 136 mortes em razão do coronavírus.

Porém, há que se chamar a atenção para o fato de esses números não informarem exatamente a situação dos contaminados no sistema prisional. Algumas circunstâncias precisam ser consideradas na análise deles: 1) o fato de ser possível que nem todas as unidades prisionais tenham fornecido dados às respectivas secretarias de administração penitenciária; 2) dos 27 estados, apenas 20 apresentaram dados ao CNJ; 3) a testagem no sistema prisional ainda é muito baixa: dados de 22.07.2020 informam que apenas 18.607 pessoas privadas de liberdade e 19.132 servidores foram testados (BRASIL, 2020). Há que se considerar também que o “número de óbitos em decorrência de SRAG (Síndrome Respiratória Aguda Grave) no Brasil cresceu 20 vezes em relação ao ano passado, de acordo com as declarações de óbito registradas nos cartórios do país”. (LOPES, 2020). Dessa forma, diante de um aumento de 1.904% desse registro, epidemiologistas afirmam que, como as mortes por SRAG podem ter como causa diferentes vírus respiratórios, parte dessas mortes pode ter sido em razão do coronavírus.

Também chama a atenção o fato de que escolas, com estrutura e condições de higiene muito melhores, tiveram suas aulas suspensas em razão do risco de contaminação pela aglomeração de pessoas, e há forte pressão da população em geral para que as aulas não sejam retomadas antes da vacina começar a ser aplicada. Dessa forma, não é possível

desconsiderar o que aponta a OMS sobre constituírem-se as prisões em ambientes propícios à propagação da Covid-19.

A pandemia que assola o país apresenta com mais nitidez a crueldade do sistema prisional. Existem pessoas encarceradas, a maioria delas com comorbidades, com risco real de serem acometidas por um vírus mortal, que estão sendo privadas do direito de manter o seu ciclo vital. O percentual de internos e servidores mortos aumenta a cada semana, e não param de chegar mais pessoas nos presídios.

4. MEDIDAS PARA CONTENÇÃO DA DISSEMINAÇÃO DO CORONAVÍRUS NAS UNIDADES PRISIONAIS BRASILEIRAS

Países que enfrentaram a pandemia antes do Brasil adotaram medidas diversas para a contenção da propagação do coronavírus entre a população em geral – em regra, o isolamento social e a utilização de máscaras – e algumas medidas específicas para a população prisional, a exemplo da concessão de indulto pelo Poder Executivo ou da liberdade condicional pelo Poder Judiciário (ILANUD, 2020).

Considerando a orientação dos organismos internacionais para o desencarceramento como principal medida a ser adotada para proteção da vida e da saúde da população encarcerada, é preciso refletir sobre a política dos órgãos do sistema penal para conter o avanço da Covid-19 no sistema prisional brasileiro (WHO, 2020; OEA, 2020; ILANUD, 2020).

4.1. *Mais restrições, menos direitos: as ações do Poder Executivo*

No Brasil, as autoridades sanitárias, ainda que avisadas com antecedência, não adotaram providências para evitar a chegada da doença ao país. Existem pesquisas que apontam que o vírus circulava no país antes do primeiro diagnóstico oficial, datado de 26.02.2020. O governo federal, ciente do avanço da doença em diversas partes do mundo, não foi diligente para com a preservação da saúde da população. Pelo contrário, o governo adotou medidas para impedir o controle da Covid-19, a exemplo da oposição da ANVISA à medição de temperatura nos aeroportos e da disputa do Presidente com os governadores sobre a imposição de restrições de circulação (ALVIM, 2020).

No que se refere ao sistema prisional, uma das primeiras atitudes do Executivo foi a publicação das Portarias Interministeriais 05 e 07/2020, no âmbito do Ministério da Justiça e da Saúde, em 17 e 18.03.2020, respectivamente.

A Portaria 05 prescreve o caráter compulsório das medidas de combate à pandemia, chegando ao ponto de indicar a criminalização de condutas, fazendo remissão aos artigos 268 e 330 do Código Penal.

A Portaria 07, por seu turno, estabelece que deverá ser feita a identificação dos “custodiados que apresentem sinais e sintomas gripais, inclusive por meio do incentivo à informação voluntária dos próprios custodiados”, mas nada estabelece sobre a testagem

(art. 2º e §§) – medida que se reputa de extrema relevância para a contenção da pandemia.¹¹

A despeito disso, está previsto o isolamento das pessoas infectadas. Porém, diante da reconhecida falta de espaço nas unidades prisionais, o artigo 3º, § 1º, da referida Portaria, dispõe que:

“Caso não seja possível o isolamento em cela individual dos casos suspeitos ou confirmados, recomenda-se à Administração Penitenciária adotar o isolamento por coorte¹² e o uso de cortinas ou marcações no chão para a delimitação de distância mínima de dois metros entre os custodiados.”

As medidas previstas nesse documento restaram inócuas, vez que não consideraram a situação das unidades prisionais no que diz respeito à lotação, às condições de higiene e à baixa testagem da referida população e dos funcionários. A Portaria não trata sobre a redução da população carcerária, apenas indica, entre outras coisas, o monitoramento em relação às mulheres grávidas, às crianças e aos internos em grupo de risco.

O Ministério da Justiça, na pessoa do então ministro Sérgio Moro, opôs-se à soltura de custodiados em razão da pandemia e propôs que detentos idosos e com sintomas fossem colocados em instalações provisórias como contêineres e barracas de campanha.¹³

Em seguida, por meio da Portaria 135/2020, o Ministério da Justiça propôs outras medidas relativas ao sistema prisional, com destaque para suspensão das visitas, separação dos indivíduos com sintomas de gripe e quarentena para os que ingressam no sistema.

Carvalho et alii (2020, p. 3494) referem-se aos riscos à saúde psíquica do que chamam de superisolamento – além da privação da liberdade, o isolamento em razão do Covid-19 e a suspensão das visitas – e atentam que:

“o confinamento dentro de uma unidade prisional é distinto de outros tipos, como cruzeiros, escolas, quarentena, que são isolamentos voluntários, ao passo que na prisão a liberdade está cerceada involuntariamente. Nesse sentido, quando aplicada ao

11. Carvalho et alii (2020, 3497) chamam a atenção para o fato de que “algo que poderia ser efetivo foi informado apenas 5 dos 145 países revisados: testagem em massa dos indivíduos presos”.

12. Isolamento por coorte é o isolamento de pessoas infectadas por coronavírus em um mesmo local, separando-as das demais pessoas.

13. Entre 2006 e 2010, o estado do Espírito Santo fez uso de contêineres para a custódia de presos, o que acarretou a impetração de um HC perante o Superior Tribunal de Justiça, HC 142513/ES, que, finalmente, determinou a colocação em prisão domiciliar de todas as pessoas presas em celas-contêiner no estado, considerando que tal prática caracterizava ilegalidade da prisão, a evidente violação ao fundamento da dignidade humana e considerando-a como tratamento cruel e desumano (STJ, HC 142513/ES, rel. Min. Nilson Naves, j. 23.03.2010, Sexta Turma, DJe 10.05.2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901410634&dt_publicacao=10/05/2010]. Acesso em: 25/08/2020).

contexto prisional, a medida de isolamento resulta em uma superposição de confinamentos [...].”

No final do mês de março, o então Ministro Sérgio Moro afirmou: “Há um ambiente de relativa segurança para o sistema prisional em relação ao coronavírus pela própria condição do preso de estar isolado da sociedade”. Desconsiderou, entretanto, a existência de um fluxo permanente de pessoas composto de agentes penitenciários, servidores e prestadores de serviço que circulam todos os dias entre o exterior e o interior das unidades prisionais, tornando os muros dos presídios permeáveis.

O ministro falava em tranquilidade quando já possuía informações científicas sobre o avanço da doença no mundo e as possíveis consequências no sistema, sem que tivessem sido adotadas medidas efetivas para contenção da pandemia no cárcere. Atuou de forma negligente e sem as preocupações devidas até pedir demissão do cargo em 24.04.2020.

A mudança de ministro não significou uma mudança de atitude. O novo ocupante do cargo, André Mendonça, mantém o descaso em relação às vidas das pessoas em situação de cárcere.

O Poder Executivo também atuou para vetar dispositivos da Lei 14.019/2020, os quais obrigavam o uso de máscaras em diversos locais, inclusive em unidades prisionais. Diante de um vírus causador de uma doença (ainda) incurável, a máscara é um dos equipamentos essenciais para evitar a transmissão, e essa estratégia de combate, tão simples, seria facultativa às pessoas privadas de liberdade, desonerando o poder público do dever de fornecer as máscaras. O Poder Executivo considera que os custodiados podem ser convocados para produzir máscaras e álcool 70%, mas não exige o fornecimento de tais equipamentos, flexibilizando a proteção dessas pessoas.

O desencarceramento poderia ser promovido em grande escala como medida de saúde pública. O Presidente do Brasil poderia, dentro da sua competência, como medida de preservação da saúde pública, da vida, com base em pareceres de epidemiologistas, indicações da OMS, Fiocruz, entre outras entidades, perdoar parcela da população carcerária do cumprimento da pena, concedendo indulto (art. 84, XII, CF), como fizeram os governantes de Portugal, Peru, Gana, Nigéria e Paquistão (BRASIL, 2020). Porém, preferiu seguir sua política criminal punitivista; e em momento algum foi discutida a possibilidade de concessão desse ato de clemência.

4.2. A Recomendação CNJ 62/2020 e sua repercussão

Em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação 62,¹⁴ com orientações a todo sistema penal sobre medidas para garantir a saúde, reduzir

14. A Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça, ao ser editada no dia 17.03.2020, tinha validade de 90 dias. Após uma primeira prorrogação em 12.06, no dia 17.09 foi prorrogada até o dia 12.03.2021.

os fatores de propagação do vírus e garantir a continuidade da prestação jurisdicional. O documento tem como destinatários os Tribunais e os magistrados, portanto, esses deveriam ajustar as suas atuações ao referido documento. Todavia, os magistrados não se sentiram vinculados às prescrições do documento, por se tratar de uma recomendação.

O CNJ, na referida Recomendação, tratou também do sistema socioeducativo e da necessidade de se garantir a saúde dos adolescentes. No texto, sugere a adoção de providências para reduzir os riscos epidemiológicos, aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e revisão das decisões que determinaram internação provisória, por tais medidas resguardarem, principalmente em um momento de crise sanitária, o interesse do adolescente e da sociedade.

Em relação ao sistema prisional, a Recomendação sugere aos magistrados medidas que promovam a redução da superlotação nas unidades prisionais, como: reavaliação das prisões provisórias, substituição de penas privativas de liberdade por medidas alternativas, excepcionalidade na aplicação das prisões preventivas, concessão de saída antecipada do regime fechado e semiaberto e a concessão de regime domiciliar a todas as pessoas presas em regime aberto ou semiaberto.

Pontos controversos da Recomendação CNJ 62 são os artigos 7º e 8º. Esses dispositivos preveem redesignação de audiência para réu solto, sugerem a sua realização por meio de videoconferência para o réu preso e abrem possibilidade (excepcional) para que a pandemia de Covid-19 seja considerada motivo idôneo para a não realização das audiências de custódia.

Por meio da Resolução 329/2020 (10.07), o Conselho Nacional de Justiça reafirma a necessidade de presença dos acusados nas audiências de custódia e veda a ocorrência desses atos pelas videoconferências. E, sem alterar o referido artigo 8º da Recomendação, acabou por manter a possibilidade de suspensão das audiências de custódia, afetando o direito da pessoa presa de ser apresentada e ouvida, em até 24 horas da comunicação do flagrante, pela autoridade judicial competente.

A restrição de visitas também está elencada entre as medidas propostas. Entretanto, ciente da importância dos produtos trazidos pelos parentes para a alimentação e a higiene dos custodiados, o documento ressalva que, em caso de restrição ou limitação de visitas, não poderá ser restringido o acesso dos alimentos e de produtos encaminhados pelos familiares.

Entretanto, familiares protestam em frente às unidades prisionais em várias partes do Brasil, em razão da ausência de comunicação e pela impossibilidade de entrega de gêneros alimentícios (EM PROTESTO, 2020; PASTORAL CARCERÁRIA, 2020). Pesquisa da FGV-SP, por exemplo, indica que a comunicação entre a família e a pessoa privada de liberdade não acontece para 70% dos entrevistados (MELLO, 2020).

Portanto, sob o argumento da crise sanitária, os direitos dos custodiados e, principalmente, das custodiadas foram, mais uma vez, desrespeitados. E o confinamento sem direito a visitas contribui para o aprofundamento das violências perpetradas no cárcere.

4.2.1. A inobservância da Recomendação

Apesar de alguns problemas, a Recomendação CNJ 62/2020 foi elogiada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela ONU (CONJUR, 2020). Contudo, os efeitos atribuídos a esse documento pelo Sistema de Justiça criminal são vergonhosos. As orientações previstas no documento só foram cumpridas fielmente em relação à proteção dos magistrados e dos agentes públicos. As pessoas privadas de liberdade não tiveram a proteção prevista na Recomendação. Os próprios magistrados, que a consideraram justa para garantir a sua própria vida, não tiveram o mesmo pensamento quando foram chamados a concretizar as sugestões para diminuir a superlotação nas unidades prisionais e preservar o direito à vida dos custodiados. O Ministro Luiz Fux, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a Recomendação, argumentou:

“Os juízes criminais devem ter em mente que o Conselho Nacional de Justiça ‘recomendou’ e não ‘determinou’ a liberação dos presos em regime semiaberto, sob pena de a dose dos remédios recomendados matar a sociedade doente e gerar uma crise sem precedentes na segurança pública nacional.” (CARNEIRO; SETO, 2020)

Essa manifestação representa o posicionamento de boa parte da magistratura brasileira, que resiste em promover medidas de desencarceramento racional das pessoas de grupo de risco, mulheres grávidas,¹⁵ crianças e adolescentes. O acesso às providências previstas na Recomendação é seletivo e parece ocorrer ao sabor da conveniência dos julgadores. Utilizam como pretexto a segurança sanitária da população quando, em verdade, com essa postura, expõem toda a sociedade à contaminação.

Enquanto muitos países preocuparam-se em reduzir a superlotação, por aqui, a magistratura descumpre não só a Recomendação, mas também decisões judiciais, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Constituição Federal, que em seu texto prescreve que o direito à saúde é um direito de todos.

Como foi dito anteriormente, segundo o Conselho Nacional de Justiça, casos de coronavírus ultrapassaram 13.000 no sistema prisional em um mês. O aumento foi de 99,33%. Observa-se, portanto, a implantação de mais um tipo de pena de morte informal no Brasil. Dessa vez, matando por meio de um vírus pessoas em situação de cárcere, totalmente subjugadas.

Chama a atenção o fato de a primeira morte por Covid-19 no sistema prisional do Rio de Janeiro, dia 15 de abril, ter sido de um senhor de 73 anos, que se encontrava cumprindo pena no Instituto Penal Cândido Mendes. A unidade abrigava 305 presos, sendo a capacidade para 246 pessoas. A Defensoria havia impetrado HC coletivo, porém, quando

15. Sobre as mulheres grávidas e lactantes é importante frisar que os dados do Relatório do CNJ, datado de setembro de 2020, indicam a existência de 183 grávidas e 65 lactantes dentro das unidades prisionais (CNJ – Cadastro Nacional de presas grávidas e lactantes).

o óbito ocorreu, o STJ ainda não havia se manifestado (HERINGER, 2020; STABILE, 2020).

Há notícia de que 32.000 pessoas teriam sido postas em liberdade desde o início da pandemia (PERON, 2020), porém, não há especificação dos motivos, se em razão de relaxamento de prisão, término de cumprimento da pena, progressão de regime, livramento condicional ou com base na Recomendação 62 do CNJ.

Em razão de um grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade continuar nas unidades prisionais, contrariando a orientação da Recomendação CNJ 62, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa requereu, nos autos da ADPF 347, Tutela Provisória Incidental (TPI), para que o STF determinasse aos juízes da execução que analisassem a possibilidade de deferimento de

“[...] concessão do livramento condicional a presos com 60 anos ou mais e a autorização para que detentos com HIV, tuberculose, câncer, diabetes e doenças respiratórias, cardíacas e imunodepressoras cumpram regime domiciliar, visando a prevenção da propagação do novo coronavírus no sistema de justiça penal e socioeducativo do país.”

O Relator, Ministro Marco Aurélio (j. 17.03.2020), apesar de entender não existir legitimidade do *amicus curiae* para o ajuizamento, manifestou a necessidade de o Plenário pronunciar-se e conclamou os membros do Poder Judiciário a adotar uma série de providências, para evitar a proliferação da doença dentro das unidades prisionais, tais como concessão de regime domiciliar, livramento condicional, substituição de prisão provisória por medida alternativa, nos termos do pedido do IDDD.

O Pleno negou seguimento ao pedido sob o argumento da falta de legitimidade, mas também porque, apesar do declarado Estado de Coisas Inconstitucional, a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal considerou que o Ministro Marco Aurélio não poderia conclamar a magistratura a adotar providências. O Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência e destacou que, para evitar a disseminação do novo coronavírus nas prisões, o CNJ recomendou a *análise de situações de risco caso a caso*. A divergência foi seguida pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, e Dias Toffoli. Apenas o ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator na concessão de ofício das sugestões.

Com a perpetuação da situação de risco para a vida de servidores e de pessoas privadas de liberdade, o PSOL, autor da ADPF 347, também ingressou com um pedido de Tutela Provisória Incidental com o mesmo teor da solicitação do IDDD. Todavia, apesar de existir legitimidade ativa, o Relator negou seguimento porque a questão de fundo já havia sido recusada pelo Pleno.

Também considerando a situação de risco de contágio, o aumento dos casos de Covid-19 nas unidades prisionais e a negativa de aplicação da Recomendação CNJ 62, além do pedido de liminar dos *amici curiae* no HC 143.641 (Habeas Corpus Coletivo, impetrado perante o STF, em benefício de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar

no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade), foram interpostos novos Habeas Corpus coletivos.¹⁶

A tutela coletiva da liberdade tem sido utilizada para proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade durante a pandemia. Esse movimento é importante porque permite a ampliação das decisões e o alcance de resultados para um número maior de pessoas vulnerabilizadas. Todavia, em alguns processos, os Tribunais Superiores têm se manifestado contrariamente à concessão de HC coletivo, considerando que a verificação da adequação às hipóteses previstas na referida Recomendação 62 deve ser feita caso a caso.

Vários fatores dificultam a provocação, caso a caso, do Poder Judiciário, para que reconheça o direito daquelas pessoas que cumprem requisitos objetivos, como o estado de gravidez, o critério cronológico ou a afetação por uma das comorbidades indicadas na Recomendação em comento, a exemplo da ausência da Defensoria em algumas Comarcas ou a sobrecarga de trabalho dos Defensores, que, em regra, são aqueles que prestam assistência jurídica à população encarcerada. Dessa forma, ainda há mulheres – mães com filhos menores, gestantes, idosos e pessoas acometidas de doenças graves – encarceradas nesse viveiro de vírus (BRUM, 2020) que são as unidades prisionais.

Por outro lado, quando os pedidos são formulados individualmente, os mais variados argumentos são construídos para afastar a aplicação da Recomendação – desde sua natureza não vinculativa a argumentos sem qualquer lastro técnico ou, mais, argumentos desrespeitosos, a exemplo da decisão de um Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas 3 (três): Andrew Morgan, Oleg Skripocka e Jessica Meier, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de 6 meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado coronavírus.

Importante lembrar que os que estão há menos tempo fora do planeta, dele saíram em 25 de setembro de 2019, cerca de dois meses antes das notícias acerca da pandemia que se iniciou na China.

Portanto, à exceção de três pessoas, todas demais estão sujeitas a risco de contaminação, inclusive os que estavam na Estação Espacial Internacional e retornaram à terra no princípio de setembro de 2019.

Portanto, o argumento do risco de contaminação pelo Covid-19 é de todo improcedente e irrelevante.

16. Por exemplo, STJ – HC 570.440/DF, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, *DJe* 09.06.2020; HC 568.752/RJ, Min. rel. Nefi Cordeiro, j. 26.03.2020, *DJe* 30.03.2020; HC 568.021/CE, Min. Raul Araujo, j. 23.04.2020, *DJe* 30.04.2020; HC Coletivo 568.693/ES, rel. Sebastião Reis Júnior, 16.09.2020, *DJe* 17.09.2020; STF – HC 182.729/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.03.2020, *DJe* n. 74, 27.03.2020; HC 183481/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.04.2020, *DJe* n. 83, 06.04.2020; HC 186185/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 31.08.2020.

[...]

Assim, todos, à exceção dos três acima mencionados, estão em efetivo risco, daí porque a liminar, por esta razão fica *indeferida*.” [grifos do original]

Em razão da resistência do Poder Judiciário em aplicar a Recomendação do CNJ, o PSOL, subsidiado por estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), interpôs a ADPF perante o STF, requerendo que “os Poderes Executivo e Judiciário tomem providências para garantir os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade” e exigindo “transparência da gestão de presídios e garantia de atendimento à saúde, fornecimento de água e insumos básicos de higiene para os presos e agentes penitenciários”. A ADPF 684, entretanto, ainda não foi julgada.

No âmbito do STJ, o Ministro João Otávio Noronha denegou a grande maioria dos pedidos de *habeas corpus*¹⁷ distribuídos para ele, impetrados a favor de presos idosos e portadores de comorbidade, com o argumento de que essas condições, por si só, não justificavam a concessão da liberdade. Porém, substituiu a prisão preventiva decretada contra Fabrício Queiroz, amigo do Presidente Jair Bolsonaro, por prisão domiciliar, com a justificativa de ele pertencer a grupo de risco. Mas não só. Concedeu a Márcia de Oliveira Aguiar, que estava foragida, *habeas corpus* (uma raridade) por entender que Fabrício Queiroz precisaria dos cuidados da esposa. Conseguiu em uma mesma decisão reunir a imunidade (revelando também a seletividade nos outros casos) e o reforço de estereótipos de gênero.

17. “O ministro João Otávio de Noronha, presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que concedeu prisão domiciliar a Fabricio Queiroz, ex-assessor do senador Flávio Bolsonaro (Republicanos-RJ), rejeitou 96,5% (700) de 725 pedidos que chegaram a Corte em razão da pandemia do coronavírus. [...] Levantamento efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça a pedido do G1 demonstra que, até o último dia 20, o presidente do STJ, responsável pelas decisões no tribunal durante o recesso de meio de ano do Judiciário, atendeu a 18 dos 725 pedidos de presos formulados no contexto da pandemia, um dos quais o de Queiroz. Segundo a assessoria do STJ, as decisões ainda não foram publicadas. Os outros sete pedidos são de pessoas que desistiram da solicitação” (D’AGOSTINO, 2020).

Em pesquisa realizada pelas autoras desse artigo no *site* do STJ, utilizando-se os termos e operadores: “covid e recomendacao adj 62 e habeas adj corpus”, e restringindo a busca ao referido Ministro, na aba decisões monocráticas, foram encontrados 63 acórdãos (entre HC e RHC). Em apenas um foi concedido o regime domiciliar; em 49 casos, a ordem foi denegada. Entre os argumentos, repetiram-se o fato de que não havia notícia de contaminação nas unidades prisionais ou que a Secretaria de Administração Penitenciária havia tomado as medidas adequadas para evitar a contaminação, ou não se demonstrava a ausência de equipe médica no local. Em grande parte dos casos, os pacientes eram idosos ou mulheres com filhos menores de 12 anos ou pessoas com comorbidades (hipertensão, diabetes, lúpus, asma, por exemplo). Em 13 casos, o regime domiciliar foi negado sob o argumento de não caber HC contra indeferimento de pedido liminar. Esse material, por si só, enseja uma análise mais detida.

Verifica-se, ainda, em inúmeras decisões do STJ, a imposição de requisitos que não são exigidos pela Recomendação CNJ 62. A maioria dessas decisões, inclusive, tem como fundamento para a negativa da ordem um texto padrão, afirmando que é necessário que:

“[...] o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da Covid-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.”

Em um dos casos julgados pelo STJ, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca dizia não haver “notícia de contaminação no presídio em que a Paciente cumpre pena” nem “prova de que sua condição não possa continuar a ser tratada no estabelecimento prisional” (AgRg no HC 580.959/SC, j. 09.06.2020, DJe 17.06.2020).

O que se repetiu, em outros termos, no âmbito do STJ, no julgamento do Habeas Corpus 582.232/SC, quando alegado pelo Relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que “a penitenciária em que está internada a paciente vem tomando as precauções necessárias em relação à possível contaminação pelo coronavírus”; que “a unidade prisional possui recursos para proporcionar o devido tratamento das enfermidades de que sofre a interna”, isto é, hipertensão e HIV; bem como que o “baixo nível de contaminação existente nos presídios de Santa Catarina no momento, afasta, em princípio, a necessidade de concessão da medida pleiteada, tanto mais que a paciente não apresenta quadro atual de debilidade grave que não possa ser tratado no presídio” (HC 582.232/SC, j. 25.05.2020, DJe 27.05.2020).

Verifica-se, nessas decisões, uma política criminal que ainda se legitima na ideia de defesa social, invertendo a perspectiva que a dogmática penal afirma ser própria de um Estado Democrático de Direito, isto é, a garantia da liberdade do indivíduo contra o arbítrio estatal, da proporcionalidade das sanções, da individualização da pena e da dignidade do ser humano.

A contradição dos discursos revela a fragilidade da racionalidade da interpretação da lei e da utilização da dogmática penal como contenção para o arbítrio judicial. Nesse sentido, cumpre destacar, no julgamento do Pedido de Tutela Provisória Incidental na ADPF 347, a declaração do ministro Roberto Barroso em seu voto:

“A verdade é que para bem e para mal, a contaminação no Brasil ainda está no topo da cadeia alimentar. Estamos falando ainda de gente que se socorre na rede privada, estamos falando de gente que se socorre na rede D’Or, que vai pro Einstein. A liberação em massa de pessoas não testadas, ainda mais se já tiver ocorrido no sistema penitenciário, oferecerá um imenso risco sanitário.”

Dessa exposição que motiva a negação do pedido do IDDD para aplicação imediata da Recomendação CNJ 62, é possível inferir o quanto é equivocada a ideia da magistratura sobre saúde pública. Além disso, percebe-se que a negligência com a testagem na população geral se aprofunda no sistema prisional. Dados do CNJ (BRASIL, 2020) indicam que a testagem nas unidades ou não acontece ou é irrisória. Em 15 de junho de 2020, por exemplo, havia o registro de 5.754 casos confirmados e 95 óbitos (considerando servidores e pessoas privadas de liberdade)¹⁸ no sistema prisional, sem indicação do número de testes aplicados. Nesse mesmo mês, foram distribuídos pelo Governo Federal, entre unidades prisionais estaduais e federais, 87 mil testes rápidos de diagnóstico da Covid-19. Em 20 de julho, dados do Programa Justiça Presente (BRASIL, 2020), registravam 13.778 pessoas infectadas (8665 presos) e 136 mortes (71 presos). Enquanto, em 14 de setembro, aparecem dados relativos à testagem: 51.221 pessoas privadas de liberdade e 40.128 servidores haviam sido testados; e o registro de 34.961 pessoas infectadas (25.617 pessoas presas) e 192 mortes (110 pessoas presas).

A imprecisão dos dados (nem todos os estados fornecem adequadamente as informações) e a baixa testagem impedem que se saiba exatamente qual a situação do contágio nas unidades prisionais. Há que se considerar também que se trata de um vírus o qual seu portador pode se apresentar assintomático, e que se essas pessoas representam risco ao sair é porque o risco já existe nas próprias unidades prisionais.¹⁹ Assim, não se sustenta a imposição do ônus da prova à defesa do risco de contágio para que a ordem de liberdade seja concedida em relação às hipóteses previstas da Recomendação CNJ 62/2020.

Há que se considerar, entretanto, como advertem Carvalho et al. (2020, p. 3496), que o desencarceramento precisa estar acompanhado de

“políticas públicas de mitigação da desigualdade, [...] uma vez que muitos egressos do sistema prisional não possuem suporte familiar e social. [...] libertar indivíduos presos deve ser uma ação intersetorial, em que participem poder público, assistência social, ONGs, serviços de saúde e o judiciário.”

De toda forma, há que se considerar que se os riscos em uma unidade prisional são muito maiores do que para a população em geral, o desencarceramento racional é urgente.

18. Desse total, 2.605 pessoas privadas de liberdade infectadas e 54 óbitos.

19. Há que se atentar também para o fato de que o próprio Poder Judiciário, em condições de trabalho muito melhores do que aquelas dos agentes penitenciários e demais funcionários do sistema prisional, bem como de custódia dos presos, resolveu suspender as audiências presenciais, adotando o sistema de videoconferências em muitos casos, a exemplo das audiências de instrução e julgamento, nas Varas Criminais (Resoluções CNJ 313, 314 e 318/2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por um breve momento, decisões do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da ADPF 347 e do HC 143641, parecem ter o poder de alterar a realidade do sistema prisional. Porém, não passam de medidas que são produzidas para aplacar as críticas a esse sistema, pois acabam por relegitimá-lo com a justificativa de sua humanização e possibilidade de garantia de direitos.

O contexto de pandemia poderia favorecer a reflexão sobre os males da prisão e do encarceramento em massa e acarretar uma mudança nos rumos da política criminal brasileira. Porém, a Recomendação 62 do CNJ e o número crescente de mortos foram insuficientes para conter a sanha encarceradora do sistema penal.

Verifica-se o descaso que o governo dispensa ao direito à saúde e, consequentemente, ao direito à vida dos brasileiros e brasileiras, principalmente daqueles homens e mulheres privados de liberdade.

O país passa por um momento de acirramento da violência institucional e do racismo estrutural, o que impacta inclusive as pessoas privadas de liberdade. O punitivismo agora é acrescido de mais um argumento falacioso: o combate à crise sanitária.

Assim, da Recomendação CNJ 62, a medida mais acolhida foi a da proibição de visitas. As unidades prisionais suspenderam as visitas e, em muitos casos, também o acesso dos advogados. Isso piorou a saúde dos internos não só porque aumentou o isolamento, mas também porque deixaram de receber os produtos alimentícios e de higiene trazidos por seus familiares, muitas vezes essenciais para prover as suas necessidades básicas.

Há que se considerar a existência de um equívoco em relação aos muros da prisão. Eles não evitam surtos. Eles não evitam que as doenças circulem. Existe um fluxo composto por pessoas privadas de liberdade, servidores, advogados, familiares e fornecedores que promovem a relação entre os dois ambientes, permitindo a disseminação de doenças.

Está provado que a forma mais eficiente de evitar a contaminação é o distanciamento e a higiene. Os custodiados não têm nenhuma dessas coisas. Então, neste momento, deixar essa população confinada é condená-la à morte. E mais: é condenar toda sociedade à convivência com surtos da doença que não poderá ser contida nas unidades prisionais.

A prisão, em si, já é algo que não cumpre a função declarada. O próprio Supremo já reconheceu. A pandemia apenas tornou essa situação mais evidente. Qual o sentido em manter pessoas encarceradas, principalmente se o Estado não garante condições mínimas de existência?

O vírus se alastra pelas unidades prisionais sob o olhar complacente daqueles que teriam obrigação de proteger a saúde dos indivíduos custodiados. Verbalizam raciocínios enviesados e apostam contra toda experiência internacional em relação à disseminação da Covid-19 entre pessoas confinadas.

É certo que o desencarceramento, entre as medidas propostas para conter o surto nos presídios, é a mais eficiente. Ainda que o Estado garantisse saneamento básico e produtos

de higiene, o que não acontece, com um ambiente superpopuloso, sem o distanciamento, é difícil conter a pandemia nas unidades prisionais. Contudo, a política criminal baseada na ideia de defesa social, de combate à criminalidade a qualquer custo, implica tratamento das pessoas privadas de liberdade como menos sujeitos de direito, ao lhes negar o direito à saúde e o direito à vida, sendo possível afirmar que se traduz, assim, em um poder de morte.

Nessas circunstâncias, muitos apelam para a utilização de ações de controle de constitucionalidade esperando que o Poder Judiciário assuma o papel de defensor da Constituição. No entanto, a cada sentença, a cada acórdão, percebemos a contribuição do Poder Judiciário para a manutenção do direito penal subterrâneo.

6. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Mariana. Coronavírus: medição de temperatura em aeroportos é novo capítulo da disputa entre Estados e governo federal. *BBC News*, 27.03.2020. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-52059042]. Acesso em: 13.08.2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANYAR DE CASTRO, Lola. Derechos humanos modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterraneo. In: Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- BATISTA, Vera Malaguti. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim do Instituto de Saúde*, São Paulo, n. 44, p. 19-22, abr. 2008.
- BMJ Best Practice. *Coronavirus disease 2019 (COVID-19)*. 2020. Disponível em: [https://bestpractice.bmj.com/topics/en-gb/3000168].
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Monitoramento GMF's – 22 de julho – edição 3*. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Monitoramento-CNJ-GMFs-Covid-19-22.07.20-2.pdf]. Acesso em: 25/08/2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Registro de Contágios/Óbitos*. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/]. Acesso em: 03/11/2020.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de Gestão de Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas DMF*. Bruno Ronchetti de Castro (Relator). Brasília, CNJ, 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Sistema prisional em números*. 2018. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros]. Acesso em: 05.07.2020.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN Atualização junho de 2016. Thandara Santos (org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.
- BRASIL. INFOPEN, 2019. Disponível em: [http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias1]. Acesso em: 05.07.2020.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais*. Painel Mundial – COVID-19 – 20 de outubro de 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contra-pandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais/covid-19-painel-mundial-27out20-secom.pdf]. Acesso em: 03/11/2020.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD contínua*. 2019. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf]. Acesso em: 20.08.2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 DF*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560]. Acesso em: 28.09.2020.
- BRUM, Eliane. “A pandemia expôs o apartheid não oficial do Brasil em toda a sua brutalidade”. [Entrevista concedida a] Sérgio Costa. *Renascença*, Lisboa, 24.04.2020. Disponível em: [https://rr.sapo.pt/2020/04/24/mundo/a-pandemia-expos-o-apartheid-nao-oficial-do-brasil-em-toda-a-sua-brutalidade-especial/190424/]. Acesso em: 28.05.2020.
- BRUM, Eliane. O nojo. *El País*, 13.05.2020. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/opiniaio/2020-05-13/o-nojo.html?fbclid=IwAR3PNRgxFB7QKeU0v-Sio8f0cu5Q50-eV9ZH1PqyaPBHJc11v9qoHrjz9eA]. Acesso em: 28.05.2020.
- CARNEIRO, Mariana; SETO, Guilherme. Paineis: Liberação de presos pode gerar crise sem precedentes na segurança pública, diz Fux. *Folha de São Paulo*, 05.04.2020. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/04/liberacao-de-presos-pode-gerar-crise-sem-precedentes-na-seguranca-publica-diz-fux.shtml]. Acesso em: 01.08.2020.

- CARVALHO, Sérgio Garófalo de Carvalho; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, p. 3493-3502, ago.-set. 2020.
- D'AGOSTINO, Rosane. Ministro do STJ que liberou prisão domiciliar para Queiroz rejeitou outros 700 pedidos sobre Covid-19. *G1*, 26.07.2020. Política. Disponível em: [<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/26/ministro-do-stj-que-liberou-prisao-domiciliar-para-queiroz-rejeitou-outros-700-pedidos-sobre-covid-19.ghtml>]. Acesso em: 20.08.2020.
- EM PROTESTO, familiares de presos bloqueiam novamente avenida de Maceió. *Folha dealagoas.com.br*, 28.08.2020. Disponível em: [<https://folhadealagoas.com.br/2020/08/28/em-protesto-familiares-de-presos-bloqueiam-novamente-avenida-de-maceio/>]. Acesso em: 03.09.2020.
- FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 1211-1237, 2020.
- GÓES, Luciano. A “tradução” do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Cesare Lombroso e Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de Pós-graduação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- HERINGER, Carolina. Estado do Rio tem primeira morte de detento em consequência da COVID-19. *O Globo*. Rio de Janeiro, 17.04.2020. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/rio/estado-do-rio-tem-primeira-morte-de-detento-em-consequencia-da-COVIDcovid-19-24377810>]. Acesso em: 15.07.2020.
- INSTITUTO Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito e Tratamiento del Delicuyente. *El sistema penitenciário ante la encrucijada produto de las crisis provocada por el COVID-19*. Costa Rica, ILANUD, 2020.
- LOPES, Nathan. Mortes por síndrome respiratória no Brasil aumentam 20 vezes na pandemia. São Paulo, *UOL*, 04 jun 2020. Disponível em: [<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/06/04/obitos-srag-brasil-coronavirus.htm>]. Acesso em: 25.08.2020.
- MEDIDA Acertada: Mais de 70 entidades apoiam Recomendação 62 do CNJ. *Consultor Jurídico*, 11.04.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-abr-11/70-entidades-apoiam-recomendacao-62-cnj]. Acesso em 13.08.2020.
- MELLO, Daniel. Direitos Humanos. Quase 70% de famílias de presos estão sem notícias em São Paulo. *EBC Brasil*, 16.07.2020. Agência Brasil. Disponível em: [<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-07/quase-70-de-familias-de-presos-estao-sem-noticias-em-sao-paulo>]. Acesso em: 03.09.2020.
- MILITÃO, Eduardo. Contêiner para presos doentes vira risco de nova derrota para Moro. *Uol Notícias*, 23.04.2020. Disponível em: [<https://noticias.uol>].

- com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/23/container-para-presos-doen-tes-vira-risco-de-nova-derrota-para-moro.htm?cmpid=copiaecola]. Acesso em: 13.08.2020.
- OEA. *Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y Con Enfoque de Derechos Ante El COVID-19 en Las Américas*. Washington, 2020.
- ONU. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. A/HRC/31/57/Add.4. Nova York. 29.01.2016. Disponível em: [https://acnudh.org/load/2016/05/G1601416.pdf]. Acesso em: 25.07.2020.
- PASTORAL CARCERÁRIA. Pastoral Carcerária divulga dados de questionário sobre coronavírus nas prisões. *Pastoral Carcerária*, 09.04.2020. Disponível em: [https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/pastoral-carce-raria-divulga-dados-de-questionario-sobre-coronavirus-nas-prisoas]. Aces-so em: 03.09.2020.
- PERON, Isadora. CNJ: 32,5 mil presos foram colocados em liberdade devido à pandemia. *Valor Econômico*, 12.06.2020. Disponível em: [https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/12/cnj-325-mil-presos-foram-colocados-em-li-berdade-devido-pandemia.ghtml]. Acesso em: 10.07.2020.
- SÁNCHEZ, Alexandra; SIMAS, Luciana; DIUANA, Vilma Diuana; LAROUZE, Bernard. Covid-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública? *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, e00083520, abr. 2020.
- SEAP confirma primeiro caso de covid-19 em presídio do Amazonas. *Acrítica.com*, 22.04.2020. Disponível em: [www.acritica.com/channels/coronavirus/news/seap-confirma-primeiro-caso-de-COVID-19-em-presidio-do-ama-zonas]. Acesso em: 01.08.2020.
- STABILE, Arthur. Primeiro caso de coronavírus em presídios é confirmado no Pará. *Ponte*, 08.04.2020. Disponível em: [https://ponte.org/primeiro-caso-de-coronavirus-em-presidios-e-confirmado-no-para/]. Acesso em: 01.08.2020.
- STABILE, Arthur. Primeira morte de preso pela Covid-19 no Brasil é registrada no RJ. *Ponte*, 17.04.2020. Disponível em: [https://ponte.org/primeira-morte-de-presos-pela-covid-19-no-brasil-e-registrada-no-rj/]. Acesso em: 15.07.2020.
- UNIVERSIDADE de Brasília. Nota Técnica. Gustavo Adolfo Sierra Romero e Jaime Martins de Santana. Disponível em: https://ibccrim.org.br/media/docu-mentos/doc-03-04-2020-21-08-45-553996.pdf Acesso em: 01/05/2020.
- WHO-World Health Organization. *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*. Interim Guidance, 2020.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- (In)efetividades e desvalorização do acesso ao direito à saúde no sistema prisional brasileiro, de Bruno Rotta Almeida e Guilherme Camargo Massaú – *RBCCrim* 168/127-154 (DTR\2020\7313);
- Covid-19 e a relativização de direitos: o uso de tecnologias como a videoconferência para garantia da conversa entre o preso e o advogado, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 1017/333-341 (DTR\2020\6830);
- Primeira infância, sistema prisional e o direito ao desenvolvimento, à saúde, à convivência familiar e à liberdade, de Bruno César da Silva – *RDIF* 3/103 (DTR\2014\2165);e
- Radiografia do sistema prisional brasileiro: degradação humana no instituto penal plácido de Sá carvalho, de Iasmin da Silva Oliveira e Alon Jeferson Michaleski – *RT* 1013/153 - 175 (DTR\2020\185).

FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DAS PRÁTICAS PENAIS

FOUNDATIONS FOR A THEORY OF PENAL PRACTICES

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Doutor em Direito do Estado pela UFPR, com estágio pós-doutoral pela Columbia Law School (Bolsista CAPES-PRINT-UFPR). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Sociologia da UFPR.

Defensor Público no Estado do Paraná.

ORCID: 0000-0003-4018-7730

andregiam@gmail.com

Recebido em: 18.08.2020

Aprovado em: 30.11.2020

Última versão do autor: 02.12.2020

ÁREAS DO DIREITO: Filosofia; Penal

RESUMO: O propósito do artigo é revisar os objetivos e o sentido do ensino de prática jurídica penal, defendendo seu potencial como espaço de compreensão crítica da justiça criminal a partir do conceito de campo e da abordagem praxiológica de Pierre Bourdieu. Para tanto, dois movimentos de aproximação teórica são conjugados aos métodos tradicionais: a sociologia das profissões no campo penal e a produção teórica das ciências humanas voltada aos três grandes blocos temáticos relacionados à justiça criminal, que são as polícias, a justiça e a prisão. O objetivo é propor diretrizes teóricas para um ensino jurídico que possa agregar reflexividade à formação do futuro profissional do sistema de justiça criminal, entendida como capacidade de reconhecimento da doxa ou senso comum do próprio campo. Reflexividade, nesse contexto, significa a capacidade de questionar as pré-construções do senso comum e da experiência ordinária, condição de possibilidade para o desencantamento das instituições e profissões ao mesmo tempo em que eleva a capacidade de percepção da

ABSTRACT: The purpose of the article is to review the aims of teaching criminal law practice, defending its potential as a space of critical understanding of criminal justice from Pierre Bourdieu's fields theory and praxeological approach. To this end, two theoretical movements are combined with traditional methods: the sociology of professions in the criminal field and the academic works of Brazilian sociology focused on the three major thematic blocks related to criminal justice, which are policing, courts and prisons. The aim is to propose guidelines for a legal education that can add reflexivity to the formation of the future professional of the criminal justice system. Reflexivity in this context means the ability to recognize the doxa of the field itself and the capacity to question the pre-constructions of ordinary experience. It is a condition of possibility for the disenchantment of institutions, at the same time as it raises the capacity for the perception of one's own responsibility for acts committed in their violent nature.

própria responsabilidade pelos atos praticados em sua natureza violenta.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça criminal – Criminologia – Sociologia das profissões – Pierre Bourdieu.

KEYWORDS: Criminal justice – Criminology – Sociology of professions – Pierre Bourdieu.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As práticas penais sob a orientação praxiológica. 3. O campo da justiça criminal e sua tensão estruturante. 4. Profissões, *habitus* profissionais e os mecanismos de ocultação da violência da justiça criminal. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O propósito imediato desse artigo é revisar os objetivos e o sentido da disciplina de prática jurídica penal ou mais precisamente, considerando a inconsistência de falar dela como disciplina autônoma em relação ao direito penal e processual penal,¹ da terceira perspectiva formativa citada pelas diretrizes curriculares nacionais para os cursos de Direito (Resolução 5, de 2018, do MEC): a formação prático-profissional, situada ao lado da formação geral e da técnico-jurídica.

Embora se trate de espaço acadêmico tendente à consolidação da naturalização mística das dinâmicas da justiça criminal, defendo seu potencial como *locus* de compreensão crítica por meio da cartografia de suas posições e disputas a partir do conceito de campo e do estruturalismo construtivista de Pierre Bourdieu. Para tanto, dois movimentos de aproximação teórica são conjugados aos métodos tradicionais: a sociologia das profissões no campo penal e a produção teórica das ciências humanas voltada aos três grandes blocos temáticos relacionados à justiça criminal, que são as polícias, a justiça e a prisão.

Não havendo espaço para o aprofundamento desses blocos, meu objetivo com esse texto introdutório é propor diretrizes teóricas para um ensino jurídico que possa agregar *reflexividade* à formação do futuro profissional do sistema de justiça criminal. Por reflexividade, refiro-me à capacidade de reconhecimento da *doxa* ou senso comum do próprio campo ao qual pertence, com o desencantamento das instituições a que pertence ou virá a pertencer e a desnaturalização dos papéis e funções que deverá exercer.

-
1. A própria Resolução 5/2018, do MEC, no art. 5º, § 1º, estabelece que as atividades de caráter prático-profissional devem estar presentes “de modo transversal e permanente, em todas as três perspectivas formativas”. Ela também estabelece como obrigatória a existência de um Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ), definindo-o como o “ambiente em que se desenvolvem e são coordenadas as atividades de prática jurídica do curso”, as quais consistem em “atividades de formação profissional e serviços de assistência jurídica” (art. 6º, § 1º). Ao final, espera-se que o corpo discente apresente “os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica” (art. 6º, § 4º).

Reflexividade nesse contexto, mais que mera categoria epistemológica, significa capacidade de responsabilidade e percepção da natureza violenta em muitos dos atos que compõem seu próprio papel como profissional. Trata-se de uma reflexividade “fundamentalmente antinarcísica”, porque supera a mera descrição fenomenológica da experiência ordinária e coloca na mesa a questão das condições de possibilidade dessa própria experiência.²

Nenhum curso de graduação conta com maior oferta no Brasil que o curso de Direito. Segundo dados de 2017,³ são 817.934 matrículas em um universo de aproximadamente 1.500 cursos, o que estimula a competição e a redução da remuneração média na advocacia privada, bem como afunila o ingresso por concurso em carreiras públicas.

Esse contexto tem impacto no espaço acadêmico e nas práticas de ensino. Infelizmente, convivemos com uma redução semântica miseravelmente empobrecedora do conceito de prática por meio de sua subordinação à teoria. A prática jurídica, em situação mais grave, é tomada como sinônimo de técnicas de elaboração de peças processuais, um arremedo de manuais de estilo ou, na melhor das hipóteses, técnicas de resolução de problemas mais comuns em provas de concurso do que no dia a dia de qualquer profissão jurídica.

Além disso, os Núcleos de Prática Jurídica continuam, em sua maioria, padecendo da mesma concepção assistencialista de outrora, concentrada na função de assistência judiciária supletiva à população carente, como se – outra redução – a prática fosse apenas litigância e como se não houvesse dilemas éticos relevantes no enfrentamento de problemas de vidas reais como “experimentos de ensino”. Melhor seria incrementar o modelo de Clínicas Jurídicas, fundadas no conceito de extensão universitária, ressaltando a importância de sua contextualização e associação ao modelo público de acesso à justiça no Brasil, o qual é constitucionalmente direcionado a uma instituição específica, que é a Defensoria Pública.

Quais seriam, afinal, as competências buscadas pela perspectiva formativa da formação prático-profissional? O básico, por certo, inclui a capacidade de articular conhecimentos jurídicos para: a) localização no tempo processual, com identificação do procedimento aplicável e inserção no fluxo correto; b) pensamento estratégico e identificação de teses de defesa, hipóteses acusatórias ou critérios de julgamento (da valoração de provas à dosimetria da pena, por exemplo) e c) desenvolvimento de capacidade de expressão por meio de linguagem técnica, o que inclui a tradicional atividade de

2. BOURDIEU, WACQUANT, 2014, p. 115-116. No estruturalismo construtivista, como explica Azevedo, “a estrutura social é vista como condição e consequência da interação (reflexividade) [...], as propriedades estruturais de sistemas sociais não existem fora da ação, mas estão permanentemente envolvidas em sua produção e reprodução”; cf. AZEVEDO, 2011, p. 27.

3. PINHO, Angela. Vagas em direito disparam após MEC facilitar a abertura de novos cursos. *Folha de São Paulo*, 21.04.2019. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/04/vagas-em-direito-disparam-apos-mec-facilitar-a-abertura-de-novos-cursos.shtml]. Acessado em: 01.04.2020.

peticionamento, mas também elaboração de sentenças, denúncias, planejamento de sustentações orais etc.

Logo se vê que sequer essa concepção “básica” é seguida por muitos manuais e cursos de direito, quando restringem arbitrariamente a noção de prática penal à prática advocatícia. A razão é de demanda e mercado, afinal, o exame da Ordem dos Advogados do Brasil é que bate à porta; outras provas podem esperar e já têm seu próprio nicho de preparação, disputando, com força crescente, os espaços simbólicos de legitimidade outrora dominados pelo ensino jurídico formal.

Ocorre que as competências anteriormente indicadas são insuficientes sem a compreensão reflexiva do espaço onde elas ganharão sentido e se tornarão práticas, ou seja, o “mundo real” do sistema de justiça criminal. Acaso é possível estudar música apenas por meio das partituras, sem jamais ouvir as melodias?⁴

Práticas penais ganham, assim, um conceito bem mais amplo e complexo que prática jurídica ou judiciária, agregando novas competências àquelas anteriormente listadas, como: d) a percepção das interações sociais e disputas por posições no interior das profissões jurídicas e respectivas instituições, entre elas e em sua relação com o público de não profissionais (clientes, assistidos, réus, familiares, jornalistas, internet etc.); e, sobretudo, e) capacidade de visualização das estruturas que produzem e se relacionam constantemente com tais interações e conflitos, ou, ainda, de como estruturas sociais constitutivas do campo da justiça criminal, situada entre o poder e a burocracia, correspondem às estruturas mentais daqueles que, egressos dos cursos de Direito, ocuparão as suas posições principais.

Ao contrário do que por vezes se imagina, processos criminais não são espetáculos. Há exceções, mas como regra eles são chatíssimos e caracterizados pela rotina, ou seja, pela repetição de atos similares. Se para o réu e para a vítima tende a ser um momento intenso e traumático, para os profissionais não é difícil que tudo aquilo seja naturalizado, ou seja, tomado como mero conjunto de atos rituais. O que há por detrás disso e que precisa ser desvelado é justamente a maneira pela qual o processo criminal impõe um prisma despolitizado e a-histórico de percepção do mundo, ocultando a violência encerrada em cada ato praticado.

Esse texto pode ser também entendido, nesse sentido, como um manifesto:⁵ recusa a trabalhar com a concepção generalizada de ensino da prática, porque ela tem implícita a naturalização e a reprodução da violência; recusa a renunciar ao espaço de ensino por meio da restrição do conceito de prática ao treino de peças, o que significa ajustar o

4. Metáfora citada em KAMINSKI, 2015, p. 105.

5. No sentido de marcar o período de dez anos como docente na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, tendo ingressado, em julho de 2010, no primeiro concurso público realizado, em muitos anos, para a disciplina de Prática Jurídica Penal. A previsão de contratação de professores efetivos para o Núcleo de Prática Jurídica, hoje Departamento de Práticas Jurídicas, foi uma inovação importante da reforma curricular realizada à época na UFPR.

espaço acadêmico às demandas externas das próprias profissões jurídicas que deveriam ser tomadas como objeto de análise; recusa, enfim, a ignorar que a justiça criminal é uma arena de práticas políticas, antes de jurídicas, e o percurso formativo do estudante que se tornará profissional do sistema de justiça criminal tem como imperativo ético explicitar as consequências materiais e humanas que seus atos produzirão.

Dividido basicamente em três partes principais, o artigo explica, primeiramente, as características da abordagem praxiológica e o conceito de campo para compreensão das dinâmicas da justiça criminal. Em seguida, trata da tensão estruturante entre os modelos do controle do crime e do devido processo legal e como essa oposição articula as posições dominantes e dominadas, sendo a posição dominante claramente orientada à condenação. Por fim, a partir de elementos da sociologia das profissões aplicados ao campo penal, propõe a ressignificação e reconstrução do ensino de prática jurídica penal nos cursos de direito, com a intenção de fazer frente aos mecanismos de naturalização e mistificação da violência legal.

2. AS PRÁTICAS PENAIS SOB A ORIENTAÇÃO PRAXIOLÓGICA

A justiça criminal é o espaço social no qual se materializam as práticas penais, as quais constituem o conteúdo da advocacia e das profissões jurídicas e não jurídicas ligadas ao Estado. Embora tal espaço possa ser referido como “sistema de justiça criminal”, isso não significa a adoção de uma perspectiva sistêmica ou funcionalista,⁶ em regra adotada para fins de governança e gestão.⁷

O conceito de campo é mais apropriado para uma abordagem crítica e reflexiva. Ele é definido como espaço estruturado por posições que independem das características pessoais de seus ocupantes, ainda que possam ser parcialmente determinadas por elas, e pelas constantes lutas e disputas, entre as posições, pelo capital específico do campo.⁸

6. Há ótimos trabalhos nessa perspectiva. Vide, a partir do enfoque organizacional-sistêmico, os trabalhos de Bruno Amaral Machado, por exemplo: MACHADO, 2014. Sobre a perspectiva funcionalista na sociologia das profissões, v. PARSONS, 1938, p. 457-467.

7. A administração da justiça criminal busca, no modelo de metas, uma divisão racional do trabalho com o estabelecimento de indicadores objetivos como critérios de efetividade, cf. FEELEY, 1973, p. 408. Mesmo nesse caso é problemático pensar em sistema em um sentido unitário, posto que o modelo acaba sendo adotado apenas internamente a cada carreira jurídica e quando há possibilidade de maior coordenação federativa, como nos casos dos sistemas de metas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Inexiste sistemática semelhante para outras carreiras como a Defensoria Pública e os Delegados de Polícia, enquanto a dinâmica é completamente diferente para a advocacia privada e para ocupações não jurídicas como as polícias militares, guardas municipais, outras carreiras ligadas à polícia judiciária ou servidores do sistema penitenciário.

8. BOURDIEU, 2003, p. 119-120.

Com esse ponto de partida, tratando a justiça criminal como campo, fica mais claro visualizar como ela é composta por instituições, agências e profissões relativamente autônomas, com disputas e competições tanto internas como entre si. Embora se possa assinalar funções materiais de diferenciação social a partir dos atos de acusação e condenação, orientando as ações, é imperativo reconhecer que há disputas constantes e tensões estruturantes. A própria gênese do campo burocrático está ligada a lutas pelo controle desse capital e do poder sobre a distribuição dos recursos públicos,⁹ o que é também parte importante das relações cotidianas entre as instituições da justiça criminal em sua relação com os Poderes Legislativo e Executivo, que definem o orçamento anual e as prioridades da despesa pública.

Trata-se, portanto, de um campo diretamente ligado ao poder e à burocracia do Estado. É aquele ao qual incumbe o exercício direto do monopólio não só da violência física, mas também da violência simbólica, desde a atividade policial até a execução de penas.

O poder “quase mágico” de nomeação¹⁰ e de instituição da realidade, exercido na justiça criminal por meio da acusação e da condenação, ganha a aparência dóxica de neutralidade e universalidade por meio das ideias de justiça e ordem pública. O poder simbólico dos ritos da justiça criminal estrutura categorias de percepção, com as quais os agentes darão sentido às suas ações e interpretarão o mundo, e essas categorias estão precipuamente voltadas ao ocultamento das relações de dominação, as quais são apresentadas como legítimas e impessoais, desinteressadas, “justas” e de “interesse público”, ao invés de socialmente seletivas, racialmente discriminatórias, intolerante com uns e tolerante com outros, controladas pelos mesmos grupos familiares, e assim por diante.

A função tradicional do ensino é formar os sujeitos que ocuparão as posições-chave do campo da justiça criminal munidos de tais categorias de percepção. A formação do bacharel em direito se volta, assim, à garantia de incorporação das estruturas mentais adequadas para a racionalização e naturalização das dinâmicas do sistema de justiça criminal. Não se trata, apenas, mas também, das relações entre as demandas de mercado e o conteúdo curricular dos cursos de direito, e dos mecanismos de controle de ingresso pelas profissões jurídicas. Trata-se, sobretudo, de legitimar e naturalizar a prática da violência física e simbólica por meio do sistema de justiça criminal.

Muito já se escreveu sobre a matriz bacharelesca e elitista do ensino jurídico no Brasil, desde a criação dos primeiros cursos em São Paulo e Olinda, em 1827, com a influência do ambiente da Universidade de Coimbra.¹¹ No campo do ensino de direito penal e processual penal, há também críticas de qualidade sobre o dogmatismo e a “distância entre

9. BOURDIEU, 1997, p. 67.

10. BOURDIEU, Pierre. 1993, p. 47; BOURDIEU, 1989, p. 236.

11. Sobre, v. RODRIGUES, 2000; ARRUDA JR., 1983.

sala de aula e realidade”, o que se traduz na marginalização da crítica sociológica e das disciplinas de criminologia, principalmente com perspectiva crítica.¹²

Gostaria de avançar a partir da base construída por essas reflexões. Os interesses e as posições de poder ocupadas pelas profissões jurídicas estabelecem diretrizes para os métodos e conteúdos que compõem o ensino do Direito: por exemplo, foi o crescimento das práticas de mediação e a emergência de novas formas de advocacia que conduziram a mudanças curriculares e nos métodos pedagógicos abarcando tais temas, não o contrário. A crítica de Duncan Kennedy, embora dirigida ao ensino jurídico norte-americano na década de 1980,¹³ serve aqui em seu sentido geral, quando definiu as escolas de direito como espaços de reprodução de desigualdades e hierarquias, como se fossem espelho e laboratório do que ocorre fora de seus muros; causa e produto, simultaneamente, da hierarquia do mundo corporativo da advocacia e das instituições.

O que há de local e atual – sobretudo no ensino privado – é um processo crescente de perda de relevância do espaço universitário, além da submissão teórica, diante de demandas colocadas pelo mercado e pelas profissões jurídicas. De um lado, a percepção da existência de um vasto número de estudantes carentes de material de qualidade e a aceleração da revolução digital aumentam e incentivam a possibilidade de acesso virtual a aulas, cursos, materiais esquematizados, “tabelas”, *podcasts* e similares cujo capital e legitimidade não são exatamente acadêmicos ou avaliados em termos de qualidade, mas determinados pela popularidade e visibilidade que recebe o material. De outro, a antecipação da possibilidade de realização do Exame de Ordem, requisito para exercício da profissão de advogado, para o penúltimo semestre ou último ano do curso reformatou o interesse dos estudantes e condicionou a programação dos cursos de Direito em sua etapa final.

Para os candidatos às carreiras da Magistratura e Ministério Público, protagonistas dos processos de criminalização e punição, o curso de graduação passou a ser uma mera etapa intermediária, antecessora da fase de reclusão e estudos intensos visando à aprovação em concurso de provas e títulos. Também para outras profissões jurídicas que exigem a aprovação em concurso público – como a Defensoria Pública e a carreira de Delegado de Polícia – há produção intensa e especializada de material de estudo, em regra, elaborado pelos próprios profissionais do campo, que se sobrepõe ao ensino de graduação.

Tais dinâmicas se agregam ao anterior e importante papel ocupado pelos *estágios profissionais* durante o curso, tanto em escritórios de advocacia como em órgãos públicos. Todas elas explicitam a função decisiva de controle e formatação que exercem

12. Por exemplo, v. ANDRADE, 1996 e pesquisas de mestrado e doutorado, por ela orientadas, sobre o ensino de criminologia no Brasil: GARCIA, 2014; e CARDOSO, 2017. Em defesa da hipótese de que esvaziar o ensino de direito penal de seu conteúdo ético é ocultar que ele consiste em uma forma violenta e ilegítima de exercício do poder: BUDÓ, 2009, p. 324.

13. KENNEDY, 1982, p. 591-615.

as profissões jurídicas e suas instituições sobre o ensino jurídico e seus egressos, produzindo subjetividades que depois serão cobradas como requisito de ingresso no jogo.

O que fazer? No campo da justiça criminal, a primeira premissa necessária para agregar reflexividade a esse processo é explicitar que o eixo ao redor do qual tudo gira, a “narrativa de um crime”, não é um dado objetivo, mas, sim, produto de atividade interpretativa. Não há acesso possível ao que “realmente aconteceu”, mas apenas à narrativa construída a partir do registro formal que assinala a entrada de uma acusação, em sentido amplo, no sistema de justiça criminal. Tal ingresso, por si só, significa a entrada em um espaço muito bem demarcado e com um repertório predefinido de classificações e formas de expressão.

Estudar as práticas penais, nessa esteira, implica rejeitar a apreensão do sistema de justiça criminal como um conjunto harmônico e coerente. Trata-se de uma teia complexa de atores, interações e dinâmicas relativamente autônomas, mas interdependentes. Não é apenas um conjunto de normas, mas, sim, uma “arena de práticas” que nem sempre ou necessariamente coincidirão com as categorias jurídicas tradicionais.¹⁴ É obviamente necessário compreender o aparato normativo que o organiza; mas ignorar todas as outras dinâmicas políticas, organizacionais, institucionais e culturais que produzem as profissões e profissionais e estruturam seu modo de agir seria o mesmo que dizer que o curso de Direito não é o espaço legítimo para esses debates, como defendido pelo tecnicismo jurídico-penal de Arturo Rocco e, no Brasil, Nelson Hungria.¹⁵ Nessa ótica, até faz sentido que a “perspectiva formativa” da prática assuma um significado tão pobre e subserviente como aquele que historicamente assumiu.

Grande parte dos vícios de pesquisa e de interpretação no campo penal vem justamente da distinção administrativa-positivista entre o direito “na teoria” e “na prática”, a qual entende qualquer lacuna ou descumprimento do direito “na teoria” como uma falha da prática, a ser corrigida. O resultado é a reificação da teoria, colocada como superior à prática, e do papel dos juristas, o qual seria de correção da não aplicação do direito na “vida real”.

Um dos primeiros autores a articular a distinção entre *law in books* e *law in action* nesses termos foi Roscoe Pound:

“Grande parte do ‘direito nos livros’ não é aplicado na prática porque nossa máquina de justiça é demasiado lenta, pesada e cara para que seja eficaz. [...]. É trabalho dos advogados fazer com que o ‘direito em ação’ se conforme ao ‘direito nos livros’, não através de brados fúteis contra o descumprimento da lei pelo povo, nem de exortações eloquentes à obediência à lei escrita, mas construindo o ‘direito nos livros’ de forma

14. KAMINSKI, 2015, p. 40.

15. ROCCO, 1933; HUNGRIA, 1959.

que o 'direito em ação' possa a ele se conformar, proporcionando um modo de aplicação rápido, barato, eficiente e legal.”¹⁶

Inobstante as diferenças profundas entre a tradição jurídica continental e a anglo-saxã, os problemas decorrentes da aplicação acrítica dessa dicotomia são os mesmos; e são os mesmos justamente porque a questão não é apenas jurídica. Sob a ótica de Pound, se a lei é inefetiva, os responsáveis seriam lacunas do sistema normativo ou a incompetência dos aplicadores. Trata-se de diagnóstico comum (e equivocado) da classe política e de legisladores no campo penal.¹⁷ Se há preocupação com determinado padrão de comportamento, altera-se a lei na intenção de inibi-lo; se não há o registro de todas as infrações penais – como se isso fosse possível –, a proposta será contratar mais policiais; se a polícia mata pessoas fora de situações de justificação, trata-se sempre de falhas individuais; ou se o sistema penitenciário não “ressocializa”, é porque está superlotado; caso não estivesse, o projeto de reforma moral do punido funcionaria. São inúmeras as aplicações dessa subordinação da concepção de práticas penais àquela de leis penais.

O equívoco está em tratar a lei como variável independente e suas consequências reais como variáveis dependentes, como eventos “causados” pelo primeiro.¹⁸ O objetivo das pesquisas acaba sendo o de “medir a efetividade” da respectiva prática ou norma, sendo seu objeto a distância entre o ideal e a realidade. A teoria (*law in books*) seria o prisma a partir do qual olhamos a realidade (*law in action*), mas no sentido de verificação. O “direito em ação” é suspeito e pronto a ser condenado quando fugir do modelo da teoria.

Teoria e prática recebem, assim, abordagens com fundamentos epistemológicos distintos. A teoria penal e processual penal recebe uma abordagem escolástica, tendencialmente objetivista, a qual trata a lógica jurídica como racionalidade estritamente normativa e dedutiva, como se imune estivesse ao mundo real. Implicitamente, tal perspectiva afirma serem as relações objetivas (teoria) que estruturam as práticas, as quais seriam mera aplicação daquelas. Assim como em outros campos, o problema objetivista

16. POUND, 1910, p. 35-36: “A great deal of the law in the books is not enforced in practice because our machinery of justice is too slow, too cumbersome and too expensive to make it effective. [...] It is the work of lawyers to make the law in action conform to the law in the books, not by futile thunderings against popular lawlessness, nor eloquent exhortations to obedience of the written law, but by making the law in the books such that the law in action can conform to it, and providing a speedy, cheap and efficient legal mode of applying it”.

17. Também nesse sentido, RUSCHE, KIRCHHEIMER, 1999, p 186: “Os novos reformadores criaram, portanto, a ilusão de que uma prática penal específica é consequência de uma teoria penal específica, e que para demolir a teoria é necessário colocar a prática num bom caminho. [...] Desse modo, nós estamos invertendo as coisas, caso atribuamos um poder imaginário à doutrina sobre a realidade, ao invés de compreender a inovação teórica como uma expressão de uma necessidade ou de uma mudança já acontecida na práxis social”. Para uma reflexão profunda sobre as relações entre teoria e práxis na filosofia e teoria crítica, v. HARCOURT, 2020.

18. FEELEY, 1976, p. 497.

reside na “falácia acadêmica” que carrega: confunde modelo e realidade, reifica estruturas e projeta nos agentes uma visão acadêmica de sua prática.¹⁹

Por sua vez, na medida em que a prática jurídica ou profissional é considerada mero produto da teoria, e ela sempre revela dinâmicas muito diferentes das esperadas pelo que se trabalha nos livros, a ideia do “direito na prática” é, em regra, apreendida por uma orientação subjetivista e fenomenológica, a qual foca somente as ações e contribuições subjetivas dos agentes. Dessa forma, a discrepância entre “vida real” e teoria é explicada como produto aleatório da ação individual dos agentes do campo, sem qualquer atenção à correspondência historicamente construída entre estruturas sociais e estruturas mentais, ou seja, aos respectivos *habitus* profissionais.

Uma ruptura com tal dicotomia e a compreensão das práticas penais segundo uma orientação praxiológica²⁰ são capazes de reintegrar teoria e prática. Também chamada de estruturalismo genético ou construtivista, a perspectiva dialoga com vários marcos teóricos de base filosófica e sociológica para ir além da falsa antinomia entre objetivismo e subjetivismo e se situar entre as estruturas e as disposições dos agentes.

Verdade seja dita, há contribuições muito importantes do lado subjetivista para a crítica da justiça criminal, especialmente com desdobramentos da Escola de Chicago, na primeira metade do século XX, como o interacionismo simbólico e a etnometodologia. Elas foram e ainda são fundamentais, pelas pesquisas que produzem, para o reconhecimento de como as categorias de percepção do mundo social são produzidas pela interpretação dos próprios agentes, desvelando processos sociais de construção de noções como desvio, crime ou “bandido”.²¹

19. WACQUANT, 2014, p. 45.

20. A teoria da prática de Bourdieu é construída em diversos escritos ao longo de sua obra, destacando-se, para fins conceituais, textos publicados originalmente em 1972, 1980 e 1994, respectivamente: BOURDIEU, 1983, p. 47; BOURDIEU, 2009; BOURDIEU, 1996.

21. O termo “interacionismo simbólico” acabou popularizado por Herbert Blumer e remete a uma das formas da sociologia compreensiva, a qual leva em conta a reflexividade dos atores. Suas três premissas principais são: a) os seres humanos agem com base no significado que as coisas têm para eles; b) tais significados emergem da interação social; c) tais significados são construídos e modificados dentro de processos interpretativos construídos pelos sujeitos em interação; cf. BLUMER, 1969. A etnometodologia, por sua vez, propôs-se a questionar os mecanismos por detrás de toda definição e estudar as formas de produção de sentido a partir das microinterações, entendendo a ordem social como produzida com base no senso comum expresso pela “razão prática” dos atores (GARFINKEL, 1956, 1967). Para uma ótima sistematização de importantes pesquisas sobre a justiça criminal produzidas com base no interacionismo simbólico e na etnometodologia, v. HESTER, EGLIN, 1992. No Brasil, Gilberto Velho foi quem estabeleceu o vínculo intelectual mais consistente com Howard Becker, que fora aluno de Blumer, em seus estudos de antropologia urbana; cf. VELHO, 1974. Atualmente, v. também os trabalhos de Michel Misse, como em: MISSE, 2010.

Porém, é imprescindível conectar tais categorias de percepção às suas relações com um espaço que é construído relacionamente, por posições objetivas,²² sobretudo em um espaço tão ritualizado, padronizado e orientado para a construção de personagens e papéis predefinidos – dos profissionais aos sujeitos degradados que ocupam as posições de acusado e vítima – como é a justiça criminal. As práticas dos “operadores” não são, portanto, determinadas mecanicamente pela estrutura, nem são simplesmente produto da consciência individual: elas obedecem a uma lógica da prática ou um “senso prático” próprio do campo a que pertencem.

Para Kaminski, nessa linha, as práticas penais são fundadas nos usos sociais da lei, o que significa “selecionar entre os eventos sociais aqueles que receberão uma definição jurídico-penal, em definir e colocar em funcionamento os procedimentos públicos de seu ‘tratamento’”.²³ Em outras palavras, há processos institucionais que mobilizam a lei para ser aplicada, em determinadas circunstâncias, e em outras não. A lei não age: ela é “agida”, ativada ou não por um juízo de oportunidade²⁴ daqueles que ocupam posições de poder nos fluxos do sistema de justiça criminal, em especial os profissionais do direito, mas, também, com grande importância para o caso do Brasil, as polícias militares

22. Trata-se de movimento similar à construção da “criminologia crítica” na segunda metade do século XX, a partir de interpretações marxistas do interacionismo simbólico, levando a se falar, por exemplo, em uma “teoria interacionista-materialista” do desvio. O problema e contradição de origem, porém, está na adoção pouco questionada de uma concepção funcionalista de Estado como variável independente, próxima ao pensamento de Talcott Parsons. Contradição de origem porque se aproximar do funcionalismo parsoniano implica necessariamente se afastar do pensamento da Escola de Chicago e das novas correntes como o interacionismo simbólico e a etnometodologia, que estão na base da crítica. Não há conciliação possível entre esses dois prismas teóricos sobre pesquisa, método e controle social. Em entrevista concedida no Brasil, Becker afirmou que um grande desserviço de Parsons foi ter tornado possível “as pessoas terem a teoria como especialidade [...]”. Com Parsons a teoria passou a ser um campo específico [...]. As ideias que tinham eram tão abstratas, tão gerais, que não forneciam nenhuma pista para eles lidarem com qualquer estudo de fenômenos sociais concretos”, completando, ainda: “Acho que o que aconteceu foi que a teoria se tornou uma especialidade, como a criminologia, por exemplo”; cf. BECKER, 1990, p. 123-124. Para crítica na mesma linha e densamente articulada, v. MELOSSI, 1990. Para revisões bibliográficas que indicam a amplitude das abordagens realizadas nas ciências sociais brasileiras, v. AZEVEDO, SINHORETTO, 2017; LIMA, RATTON, AZEVEDO, 2014.
23. KAMINSKI, 2015, p. 18-19. No mesmo sentido, M. Feeley afirma que há outros fatores além dos objetivos e regras oficiais que moldam o comportamento dos agentes (FEELEY, 1973, p. 412). Um conceito-chave para uma compreensão mais adequada, para um foco mais amplo no estudo do direito e do controle social, seria o de *mobilização* (FEELEY, 1976, p. 514-5): a regra legal é *mobilizada* em determinadas circunstâncias – no caso da justiça criminal, momento decisivo é aquele da entrada ou não no sistema. Na teoria crítica, importantes autores e autoras apresentaram leituras semelhantes: o exemplo provavelmente mais conhecido é o de Michel Foucault e o conceito de ilegalismo. Sobre, v. FOUCAULT, 2015.
24. KAMINSKI, 2015, p. 107-8.

estaduais, em face da centralidade e protagonismo das prisões em flagrante, realizadas em vias públicas, para as práticas de controle penal.

O conceito de prática é, em suma, redefinido como produto da conjugação do *habitus* e do capital específicos a um campo (justiça criminal) ou um de seus vários subcampos, relativos a cada instituição ou profissão que dele fazem parte, e levando em conta as disputas e competições dentro dele travados.

Para compreender a lógica subjacente às práticas penais e organizar seu estudo, um programa de ensino construído dessa maneira passaria a “cartografar” as posições dominantes e dominadas em disputa, por meio de investigações empíricas, em cada um de seus três grandes blocos temáticos ou subcampos: primeiro aquele das polícias, da segurança pública e da investigação preliminar; em segundo lugar, o campo propriamente judicial ou do processo criminal, abrangendo acusação, defesa e decisão; e, por fim, o campo da pena, abarcando o sistema penitenciário e as modalidades de sanção e controle fora do cárcere.

Considerando as limitações de espaço e se tratando aqui de introdução às bases da abordagem, o próximo tópico busca fazer essa cartografia de modo mais preliminar, enfatizando como a tensão estruturante entre os modelos do controle do crime e do devido processo legal articulam as posições dominantes e dominadas e as diferentes intensidades de materialização das dinâmicas da justiça criminal.

3. O CAMPO DA JUSTIÇA CRIMINAL E SUA TENSÃO ESTRUTURANTE

É como campo que faz sentido tomar a justiça criminal como “organização de larga escala”,²⁵ recaindo o foco sobre as maneiras pelas quais ela, como espaço social, busca estabelecer e atingir seus objetivos. As práticas e ações dos atores são explicadas a partir do campo que as estrutura e é por elas estruturado. A justiça criminal é então compreendida como feita de práticas baseadas na cooperação e nas disputas, em trocas e formas de adaptação, ou seja, em suas interações.²⁶ Mas as regras em vigor não são apenas as formais, e os objetivos não são somente os oficiais.

Há, portanto, uma rede complexa de incentivos, sanções e interações que pauta e condiciona a autoridade das regras legais e o sentido de “profissionalismo”. E se há objetivos diretamente conflitantes entre os atores que compõem a justiça criminal, o próprio sentido de efetividade passa a depender de quais objetivos se está falando.

Um passo importante nessa tarefa panorâmica inicial é explicitar que não há uma, mas várias “justiças criminais”, com lógicas diferentes, na administração de conflitos

25. Entendendo-se organizações como “unidades sociais voltadas primariamente ao adimplemento de objetivos específicos”, cf. ETZIONI, 1960, p. 257-278. Nesse sentido, o objetivo formal seria processar prisões, determinar culpa ou inocência, e, em caso de condenação, qual a pena adequada.

26. FEELEY, 1973, p. 413.

no Brasil. De acordo com Sinhoretto, há ao menos quatro intensidades distintas:²⁷ a primeira, de mais alta escala, seria aquela tendente a um maior respeito às formas e fórmulas legais, incidente quando os conflitos envolvem pessoas com alto prestígio social e maior capital simbólico e financeiro.

Na segunda escala de intensidade, como regra, dos “conflitos da justiça comum” há acusados e vítimas com baixa capacidade de mobilização, bem como um baixo rigor no controle de prisões preventivas e na valoração das provas. Temos, como principal exemplo, a fábrica de condenações produzida a partir do fluxo entre polícias e justiças estaduais, abrangendo a grande maioria dos casos processados no país e especialmente por crimes da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e delitos patrimoniais.

Em terceiro lugar, a autora situa a escala de baixa intensidade produzida pela informalização da justiça, como nos Juizados Especiais Criminais (Leis 9.099/1995 e 10.258/2001). A possibilidade de três saídas pré-processuais (composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo) e o procedimento sumaríssimo, previstos na Lei 9.099/1995, podem, assim, ser compreendidos no contexto de precarização e reduzido prestígio dos Juizados em seu funcionamento.

Por fim, uma quarta lógica de resolução de conflitos seria aquela dos rituais informais e extrajudiciais, fora da legalidade, em que agentes do campo constroem “soluções” rápidas que podem passar por práticas de corrupção ou pelo uso da violência sem autorização legal. Do ponto de vista formal, os casos permanecem na cifra oculta, embora materialmente exista a mobilização de agentes do campo. Segundo Zaffaroni, em sentido similar, há uma atuação no subterrâneo mediante a renúncia à legalidade penal, sendo o sistema penal encarregado de “um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população”.²⁸

Reconhecendo a existência concomitante dessas quatro lógicas distintas, tomadas como tipos ideais, o passo seguinte é a explicitação de uma mesma tensão que é inerente à estruturação de cada uma delas. Trata-se de uma oposição de perspectivas que desnaturaliza qualquer pretensão de verdade e universalidade do recurso legal e dos argumentos de autoridade das instituições.

Antes de indicar qual seria essa oposição, vale tomar como guia, ainda que adaptada, a interessante tese de Jack Balkin, elaborada no contexto do movimento dos *Critical Legal Studies*, nos EUA, sobre o que chamou de “estrutura cristalina” do raciocínio jurídico.²⁹ De acordo com ele, é possível transpor aspectos do estruturalismo linguístico à argumentação jurídica. O raciocínio jurídico e sua argumentação têm uma estrutura comum, bastante simples, fundada na contraposição constante entre ideias opostas. Ele busca mapear os argumentos possíveis em qualquer área, o que possibilitaria inclusive antecipar o argumento contrário.

27. SINHORETTO, 2010, p. 113-116.

28. ZAFFARONI, 1991, p. 23.

29. BALKIN, 1986.

O sentido político dessa premissa é que o direito, por si só, não resolve o caso e não traz uma única resposta certa. Será sempre preciso escolher um lado, e argumentar. Uma das principais consequências é que qualquer argumento se torna inteiramente dependente do contexto em que é utilizado para se poder compreender seu significado e seu alcance. Dependerá, afinal, de qual é a posição alternativa, no caso em questão.

Não se trata de uma apropriação pós-moderna que a tudo relativiza, mas de enfatizar que a interpretação é, em si, um espaço de lutas, na medida em que a leitura é uma forma de apropriação da força simbólica contida no texto jurídico em estado potencial.³⁰ Warat invocaria a substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações, explicitando relações de poder e classificando os “discursos competentes” dos operadores como o “senso comum teórico dos juristas”.³¹

Avançando, Balkin sugere que a oposição mais importante e de base às demais se daria nesses termos: de um lado, estaria a posição que limita e restringe a responsabilização pessoal, protegendo a liberdade individual em detrimento de interesses supostamente coletivos; enquanto, de outro, ficaria a posição que expande a responsabilidade individual, desequilibrando a balança em favor dos interesses “da sociedade”. O autor usou os termos em inglês *individualism* e *communalism*,³² respectivamente. A disputa sobre a ênfase ora na proteção, ora na responsabilização do indivíduo/da sociedade é transversal a todas as áreas, mas aparece de forma muito clara no campo penal. A contraposição passa a ser, então, entre o modelo do devido processo legal, de um lado, e o modelo do “controle do crime”, de outro.³³

Essa oposição aparece tanto na literatura anglo-saxã, com Herbert Packer, como na Europa, com Luigi Ferrajoli e a teoria do garantismo penal,³⁴ e na América Latina, tanto pela ampla recepção do garantismo penal como pela crítica agnóstica de Zaffaroni, quando trabalha com a dicotomia entre Estado de Direito e Estado de Polícia para afirmar o saber penal como forma de contenção do poder punitivo.³⁵

30. BOURDIEU, 1989, p. 213.

31. WARAT, 1982, p. 50.

32. BALKIN, 1986, p. 13 e ss. Em seguida, Balkin ressalva que não se trata de reproduzir a oposição entre liberais e conservadores, pois tanto uns como outros adotam posições “comunalistas” em alguns temas e “individualistas” em outros. Por exemplo, liberais tenderiam a ser “individualistas” quanto a direitos dos acusados de crimes e à autonomia sexual, mas tenderiam a ser “comunalistas” quanto à regulação econômica.

33. PACKER, 1964, p. 1-68. A própria existência de um sistema de justiça criminal expressaria uma prevalência originária do modelo de “controle do crime”, enquanto a teoria do delito e os princípios de limitação do poder punitivo, por exemplo, são fundamentalmente ligados à proteção de direitos individuais e contenção do abuso de poder, ou seja, ao modelo do “devido processo legal”.

34. FERRAJOLI, 1989.

35. ZAFFARONI, SLOKAR, ALAGIA, 2009, p. 20-23.

Uma ressalva importante. Reconhecer essa tensão imanente não implica dizer que tudo se resume a uma questão de posicionamento político ou que qualquer argumento é igualmente “válido”.³⁶ Há limites constitucionais e legais para ambos os modelos. Não é possível, por exemplo, pôr à parte o princípio da legalidade, ou admitir prisão sem flagrante ou decisão judicial, em nome da segurança pública e do “controle do crime”.

A questão é que, dentro desses limites, é essa tensão que organiza e articula as normas culturais, organizacionais e extralegais das instituições e carreiras do sistema de justiça criminal. O estudante que amanhã será juiz criminal ou promotor de justiça acaso não deve ser chamado a debater o tema no espaço universitário, ao invés de ser deixado para depois aderir acriticamente à mistificação missionária da própria função pela instituição que o acolherá e formatará?

Na base do modelo de “controle do crime” está a proposição de que a prevenção e a repressão do crime, como “direito da sociedade” – e em alguns países, direito das vítimas –, são as funções precípuas do sistema de justiça criminal, ainda que isso signifique o sacrifício de direitos individuais. A categoria “direitos”, a rigor, é compreendida como demarcação de esferas de segurança, tendo a sociedade o direito de se salvaguardar de atos abusivos de seus membros. A eficiência é medida pelo número de casos solucionados, prisões efetuadas, denúncias apresentadas, condenações alcançadas. Naturalmente, trabalha-se com a crença de que há uma correlação positiva entre a atuação repressiva do Estado e a redução do número de crimes, ou seja, aposta-se no efeito intimidatório da justiça criminal e na necessidade de demonstração de força e severidade. Em regra, nessa perspectiva, a forma do processo tem sua importância reduzida, a defesa é vista como obstáculo, o rigor da prova exigida para a condenação é amenizado e garantias processuais do réu são tratadas e apresentadas ao público como questões menores que acabam por contribuir para a “impunidade”.

De outro lado, o “modelo do devido processo legal” parte de uma concepção de “direitos” como expressão e exercício da autonomia e dignidade humana. Enfatiza a possibilidade de abuso de poder e erro humano em todas as fases da persecução, e destaca a possibilidade de que todos nós, sem exceção, podemos um dia estar sentados no banco dos réus. O objetivo é construir mecanismos que evitem a condenação arbitrária ou de uma pessoa inocente. Reconhecendo a tendência de todo poder ao abuso, o foco é estabelecer limites claros para evitar e conter qualquer possibilidade de excesso. Por isso há maior rigor na validação da prova, há diversas regras que devem ser cumpridas, sob pena de anulação dos atos viciados, e é central o princípio da presunção de inocência. Se há dúvida no momento da decisão – mínima e qualquer que seja – é imperativa a absolvição. E ainda que condenado, o réu mantém todo um conjunto de direitos individuais decorrentes da afirmação de sua dignidade humana como limite ao Estado na execução da pena.

36. BALKIN, 1986, p. 75.

Packer observa que enquanto há uma autorização legal prévia ao exercício do poder de polícia que impulsiona o modelo de controle do crime, a força e ao mesmo tempo a fraqueza do devido processo legal está no fato dele ser basicamente negativo, ou seja, limitador, cuja consequência concreta é a cessação da ilegalidade; por exemplo, com a concessão de um *habeas corpus* ou com a imposição de nulidade de atos viciados, mas já praticados. Afinal, ainda que o devido processo legal encontre sua força na Constituição, ele depende do Poder Judiciário, em boa medida, para ser materializado.³⁷ O paradoxo aparente é que, embora o aparato normativo e constitucional favoreça o modelo do devido processo legal, há uma evidente hegemonia material do modelo do controle do crime. É que a justiça criminal funciona segundo uma racionalidade administrativa e gerencial, explorando todas as brechas contra o devido processo legal. O paradoxo é apenas aparente, justamente porque a interpretação da lei nunca é ato solitário de um magistrado e o conteúdo prático da lei que se revela em uma sentença condenatória é resultado de lutas simbólicas entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais.³⁸

A própria interpretação da Constituição se tornou espaço explícito de disputa entre os dois modelos. Não basta estar escrito que existe algo como inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, Constituição), se o Supremo Tribunal Federal afirma que tal garantia não é violada em casos de “entrada forçada em domicílio” pela polícia sem mandado judicial, “mesmo em período noturno”, sempre em comunidades carentes, quando houver “fundadas razões”, construídas depois, de suspeita da existência de situação de flagrante delito (STF, RE 603.616, em 05.11.2015). Outro exemplo atual é a ressignificação do princípio penal da proporcionalidade a partir da adaptação do conceito de vedação da proteção insuficiente, em releitura claramente fundada no modelo do “controle do crime” (entre outros, STF, RE 966177 RG-QO/RS, em 07.06.2017).

Buscando cartografar o campo da justiça criminal e suas posições em disputa, podemos dizer que as posições *dominantes* são ocupadas pelos vetores dos processos de criminalização, orientados pelo modelo de controle do crime: registro formal inicial com possível investigação preliminar (Polícias), acusação formal com ou sem investigação própria (Ministério Público), condenação (Poder Judiciário) e administração da execução das penas (Departamentos Penitenciários e Poder Judiciário). Há disputas e diferenças marcantes de capital simbólico e poder entre essas instituições, mas há uma orientação comum que claramente as interconecta: confirmar a narrativa inicial e condenar.

O objetivo comum que confere sentido ao campo da justiça criminal é a orientação para condenar. Essa afirmação é descritiva, não normativa, tem validação empírica³⁹ e ex-

37. PACKER, Herbert. 1964, p. 23 e 62.

38. BOURDIEU, 1989, p. 224.

39. Há validação empírica no sentido de que há trabalhos acadêmicos demonstrando a maior probabilidade de condenação depois de instaurado processo criminal, ainda que a Constituição e

pressa a hegemonia material do modelo do “controle do crime”, justificando a distinção realizada anteriormente entre posições dominantes e dominadas.

O verbo condenar aqui não se refere apenas a uma das atividades específicas do Poder Judiciário, mas serve como orientação geral e transversal das atividades do sistema penal, em torno da qual todas as outras decisões e atividades fragmentadas são organizadas para o futuro ou para o passado. A condenação é também o parâmetro de aferição de sucesso da persecução, enquanto a absolvição ou extinção de punibilidade são socialmente percebidas como “fracasso”.⁴⁰ Há, por fim, um tipo de defesa, cúmplice da acusação, quando não combativa e funcionalmente voltada somente a evitar nulidades, que também pode ser situada como partícipe das posições dominantes.⁴¹

As posições dominadas são aquelas cujo papel no campo é manifestar resistência à diretriz de condenação. Portanto, trata-se, sobretudo, das posições de defesa, desde que efetivamente cumpra tal papel, o que abrange, a princípio, a advocacia privada e a única carreira organizada para tal fim no modelo constitucional brasileiro, que é a Defensoria

a legislação definam o ônus da prova como sendo exclusivamente da acusação; a tendência de elevação das penas aplicadas e a percepção somente da condenação como resultado valorado como “sucesso” pelos operadores; cf. CARVALHO, 2010. Por exemplo, em trabalho que analisou 750 sentenças proferidas por varas criminais em Curitiba, Paraná, verificou-se que proporção de 64,4% de condenações e 35,6% de não condenações; dessas últimas, 49,2% foram declarações de extinção da punibilidade (pela morte do réu ou prescrição, por exemplo), e não sentenças de absolvição; cf. CAPELA, 2013. Poder-se-ia buscar, ainda, em outras pesquisas, a relação dessa orientação com os *habitus* profissionais por meio da análise das etapas de análise da vida pregressa em concursos públicos e os parâmetros de avaliação e controle utilizados por Polícias Militares ou Corregedorias do Ministério Público e do Poder Judiciário para membros em estágio probatório que eventualmente favoreçam, direta ou indiretamente, tal orientação ideológica.

40. Feito o registro inicial e o ingresso da narrativa acusatória, cria-se um peso e a necessidade de confirmação. Nas palavras precisas de Kaminski, “os processos policiais de seleção e orientação são fundados em uma antecipação do sucesso de seus produtos”; cf. KAMINSKI, 2015, p. 75. Nos casos de acusação por tráfico de drogas, essa antecipação é praticamente certa diante do entendimento amplamente majoritário que considera a “palavra dos policiais” responsáveis pela prisão em flagrante suficientes para a condenação, ainda que não haja nenhum outro elemento de prova nos autos. Ocorre, porém, que a maioria das acusações e condenações por tráfico de drogas se sustentam exclusivamente na palavra dos policiais que efetuaram a prisão (53,79% das sentenças analisadas em Relatório da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, e em 71,14% dos processos eles foram as únicas testemunhas; cf. DPRJ, 2018) instaurando uma relação de circularidade claramente patológica do ponto de vista processual-constitucional, mas harmônica se compreendido que o objetivo dominante da justiça criminal é facilitar a condenação. Sobre o tema, v. VALOIS, 2016; e SEMER, 2019.
41. É o que ocorre quando o controle de nomeação do advogado dativo, remunerado por processo ou por atuação, está nas mãos do Juízo, como ocorre, com frequência, no modelo *judicare* ou da advocacia dativa. Em língua estrangeira, vale citar trabalho, baseado na tese da “autoridade profissional” de Eliot Freidson, segundo o qual o fornecedor do serviço jurídico está preocupado em definir e construir a demanda do cliente de forma a lhe adaptar aos seus próprios interesses profissionais, burocráticos ou de classe; cf. BOGOCH, DANET, 1984.

Pública, não sem imensas dificuldades estruturais justamente por conta de sua natureza contramajoritária.

Há, ainda, a importante ambivalência de grupos minoritários dentro das carreiras situadas nas posições dominantes, especialmente no Poder Judiciário, no Ministério Público e nas Polícias, que manifestam desacordo em relação à orientação majoritária e aderem explicitamente ao modelo do devido processo legal,⁴² indicando disputas dentro do próprio subcampo correspondente a cada profissão e instituição.

Fica evidente como as dinâmicas de funcionamento da justiça criminal a afastam de uma dimensão estritamente normativa. Em abstrato, por exemplo, o Ministério Público pode requerer a absolvição do réu ao final do processo, mas isso evidentemente não enfraquece seu enquadramento como ocupante de uma posição dominante no campo. Além de funcionar como mecanismo retórico de elevação da autoridade do argumento, favorecendo a própria posição, a excepcionalidade com que isso efetivamente ocorre confirma que se trata de uma possibilidade meramente marginal.

Na questão penitenciária, o prisma do controle do crime é de tal forma dominante que prevalece factualmente ainda quando os próprios órgãos de cúpula do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça – manifestam, mesmo se pontualmente, posicionamentos aderentes ao modelo do devido processo legal.⁴³ Nem mesmo alterações legislativas significativas tiveram impacto sobre essa hegemonia que prevalece nos mecanismos de geração das práticas “na ponta”, como foi o caso da Lei 12.403, de 2011, a qual em tese levaria à redução das prisões cautelares, ou da Lei 13.769, de 2018, com a previsão de prisão domiciliar para presas provisórias e de aplicação de progressão especial de regime a mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

As práticas penais ganham vida nesse contexto e em meio à tensão estruturante entre os dois modelos referidos, a qual é reproduzida nas interações entre as instituições e os profissionais, mas também no interior delas. A tensão descrita, enfim, é dinâmica e relacional, servindo para articular as disputas. Ela não serve como determinação estrutural

42. Tendo citado o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Polícias, menciono, como exemplos, respectivamente, a Associação Juízes para a Democracia [www.ajd.org.br], o Movimento do Ministério Público Democrático [www.mpd.org.br] e o movimento dos Policiais Antifascismo. Da magistratura gaúcha, há décadas, o trabalho de Amilton Bueno de Carvalho é também referência nesse sentido.

43. Entre os vários exemplos de Recomendações do Conselho Nacional de Justiça que encontraram enorme resistência dos magistrados, pode-se citar a recente Recomendação 62/2020-CNJ (pandemia do novo coronavírus) e a Recomendação 35/2011-CNJ (sobre a execução de medidas de segurança), além da polêmica em torno da Resolução 213/2015-CNJ (dispondo sobre as audiências de custódia). Vale lembrar também que decisões do STF, como aquela proferida no *Habeas Corpus* 143.641, determinando a substituição de prisão preventiva por domiciliar para mulheres gestantes ou mães de crianças ou pessoas com deficiência, vêm encontrando todo tipo de obstáculo retórico para justificar sua inobservância no cotidiano do primeiro grau.

nem como mais uma dicotomia estática, cartesianamente estabelecida. Na busca de um desencantamento das instituições do sistema de justiça criminal, ela constitui o ponto de partida para a proposta de uma orientação praxiológica que abra caminho para a articulação de diversos campos de pesquisa e temas transversais na formação prático-profissional, mas principalmente para que esse novo profissional tenha, como referido, capacidade de reflexividade e de saber reconhecer a própria doxa.

4. PROFISSÕES, *HABITUS* PROFISSIONAIS E OS MECANISMOS DE OCULTAÇÃO DA VIOLÊNCIA DA JUSTIÇA CRIMINAL

Pensar as profissões do campo penal é problematizar suas práticas, e é também um caminho de abertura de novas possibilidades para o ensino da prática jurídica penal, conjugando o aprendizado tradicional de técnicas de linguagem e manifestação formal com a capacidade de reflexividade até aqui referida.

O conceito de profissão remete à regulação de determinada ocupação pelo Estado e a busca de controle do respectivo mercado. Richard Abel é uma das principais referências da tese do “controle do mercado”, segundo a qual as profissões são moderadas pela competição e são compelidas a buscar controle sobre seus mercados por meio da regulação da oferta.⁴⁴

A ideia de especialização também é central para a “ideologia do profissionalismo”. Para Freidson, profissão é exatamente “um tipo específico de trabalho especializado”, entendendo-se especialização como “conjunto de tarefas desempenhadas por membros da mesma ocupação”,⁴⁵ mas atentando à distinção entre especialização mecânica e especialização criteriosa: a primeira composta por ações simples, repetitivas, invariáveis, e a segunda demandando a adaptação e qualificação a cada nova circunstância.

A abordagem mais adequada parece ser aquela que considera a profissão como uma das posições no campo, havendo que ser, assim, pensada relacionalmente e a partir de suas lutas e competições internas e externas. Segundo Bourdieu,

“*profession* é uma palavra da linguagem comum que entrou de contrabando na linguagem científica; mas é, sobretudo, uma *construção social*, produto de todo um trabalho social de construção de um grupo e de uma *representação* dos grupos.”⁴⁶

44. ABEL, 1986, p. 2. Crítica de que sua tese subestimou a hipótese de que é o mercado que se impõe à profissão: MARSHALL, 2004, p. 22.

45. FREIDSON, 1996, p. 142.

46. BOURDIEU, 1989, p. 40.

Essa abordagem relacional é similar ao “escopo processual” de Everett C. Hughes e de Bucher e Strauss,⁴⁷ distantes do funcionalismo estrutural. O objeto de análise são os padrões de interações e disputas por capital e posições, a partir dos respectivos *habitus* profissionais.

Os conceitos de prática, *habitus* e *doxa* são interligados: se a prática é “o produto da relação dialética entre uma situação e um *habitus*”, este último é definido como “sistemas de disposições duráveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípio gerador e estruturador das práticas e das representações” e como “matriz de percepções, de apreciações e de ações”.⁴⁸ Trata-se, portanto, de produto histórico – uma “história incorporada” – que funciona, em uma relação circular entre estrutura e a contribuição subjetiva dos agentes, como princípio gerador das práticas.

O conceito de *doxa*, “crença comum” ou mera opinião, é reproposto por Bourdieu como categoria-chave para a teoria crítica. Quando as estruturas mentais (*habitus*) correspondem espontaneamente às estruturas sociais (de distribuição de capital), no que chama de homologia estrutural, o agente toma o mundo social como óbvio: é assim que o poder simbólico constrói e depois se apoia sobre a *doxa*.⁴⁹

O discurso institucional, nesse contexto, tem um papel performativo, pois institui como devem ser exercidos os papéis sociais de seus respectivos profissionais, bem como as regras e os critérios de reconhecimento e pertencimento, delimitando o mundo social. A experiência imediata no cotidiano policial e forense, ao invés de problematizada como espécie de profecia que se autorrealiza, é tomada como base para reprodução do conhecimento dóxico do mundo e justificação circular das próprias ações.

No que tange à compreensão das disputas dentro e entre as profissões, importante atentar-se a uma questão central na análise de Freidson, qual seja, a relação entre as

47. HUGHES, 2017; BUCHER, STRAUSS, 1961, p. 325-334.

48. BORDIEU, 1983, p. 60-61 e 65.

49. Importante ponderação do autor sobre a distinção entre *habitus* e o conceito de ideologia, definindo certo uso social do marxismo como forma do *pré-construído* douto: “O termo ideologia pretende marcar a ruptura com as representações que os próprios agentes querem dar da sua própria prática [...]; mas, na sua violência iconoclasta, ele faz esquecer que a dominação à qual é preciso escapar para o objectivar só se exerce porque é ignorada como tal; o termo ideologia significa também que é preciso reintroduzir no modelo científico o facto de a representação objectiva da prática dever ter sido construída contra a experiência inicial da prática ou, se se prefere, o facto de a ‘verdade objectiva’ desta experiência ser inacessível à própria experiência. Marx permite que se arrebentem as portas da *doxa*, da adesão ingênua à experiência inicial; mas, por detrás da porta, há um alçapão, e o meio-hábil que se fia no senso comum douto esquece-se de voltar à experiência inicial que a construção douta deve ter posto em suspenso [...]. Em resumo, não basta romper com o senso comum vulgar, nem com o senso comum douto na sua forma corrente; é preciso romper com os instrumentos de ruptura que anulam a própria experiência contra a qual eles se construíram”; cf. BOURDIEU, 1989, p. 48.

condições de especialização de dada profissão e as condições materiais necessárias ao lucro.⁵⁰ Trata-se, em outros termos, de como a profissão age invocando “bens universais” em sua atuação – vide os exemplos da medicina e engenharia – perante os agentes econômicos e políticos que detêm poder sobre o controle e a organização da divisão de trabalho e seu respectivo mercado.

Com exceção da advocacia, cuja demanda depende da atuação do próprio sistema de justiça criminal ao qual, em tese, resiste, é preciso notar que as profissões centrais do sistema de justiça criminal, sobretudo nas posições dominantes de controle do crime, são componentes-chave do próprio Estado em sua violência física e simbólica. Suas disputas por “controle do mercado” se transmutam, na verdade, em disputas pela distribuição dos recursos públicos nas respectivas leis orçamentárias, como é o caso do Poder Judiciário e do Ministério Público, e dentro do próprio Poder Executivo, como na sempre disputada divisão de recursos orçamentários entre polícia militar, polícia civil e departamento penitenciário, no âmbito dos estados. O debate é também pautado pela invocação de “bens universais”: no caso, justiça, segurança e a “luta contra o crime”.

A questão particularmente problemática que emerge no campo da justiça criminal e dos processos de criminalização é a reprodução do poder simbólico, ou seja, os modos pelos quais a incorporação da doxa pelos profissionais desencadeia processos de naturalização e racionalização de atos que produzem consequências humanas severas.

O ensino tradicional da prática acaba exercendo uma função de produção e reprodução da mistificação das formas jurídicas, contribuindo para as estratégias de universalização e neutralização dos próprios discursos e ações.⁵¹ A promessa é contribuir na capacitação do estudante para obter sucesso no Exame de Ordem, em provas de concurso e mais chances de sobrevivência no mercado, mas, na verdade, é muito mais que isso.

Reduzir de tal modo a concepção de formação prático-profissional é naturalizar atos e interpretações. Isso significa que o futuro profissional do direito já está “aprendendo” a dissolver inibições e a não enxergar o que está bem diante de seus olhos: que sua rotina e seus atos serão feitos de violência e estão destinados a materializar dor e morte.⁵²

Há dois mecanismos principais de ocultação e naturalização da violência da justiça criminal, segundo Lagasnerie: uma atitude “antissociológica”, de um lado, e a conversão performática do crime em ato de agressão a toda a ordem social, de outro. O primeiro elemento, coerente à hegemonia do saber psiquiátrico e sua relação histórica com a categoria da “periculosidade”, significa a rejeição contundente de qualquer relação do ato em julgamento com a estrutura social na qual ele está inserido.⁵³ Seleciona-se o que é relevante e o que não é como se a trajetória do réu fosse estritamente individual, por meio de uma perversa reconstrução biográfica que o torna personagem de um enredo e

50. FREIDSON, 1996, p. 144.

51. AZEVEDO, 2011, p. 32.

52. COVER, 1986, p. 1617.

53. LAGASNERIE, 2018, p. 108-109.

na qual, como regra, há a supervalorização de elementos negativos, tais como apelidos comprometedores, antecedentes criminais, atos infracionais praticados na adolescência ou eventual histórico de dependência química.

O segundo mecanismo é o que faz com que atos desimportantes ganhem ares de agressão intolerável. Como em uma alquimia, o discurso de acusação constrói sua argumentação para demonstrar que o que fez o réu é muito mais grave do que possa parecer. Aqui as categorias são transindividuais e abstratas – como “interesse da sociedade”, “ordem pública” ou mesmo “bem jurídico”⁵⁴ – e convertem o desviante em inimigo público, operação fundamental do julgamento para justificar a si próprio.

O que fazer? É possível à/ao estudante ingressar no jogo, aderindo às suas regras, como é imperativo para sobreviver profissionalmente, sem que isso signifique ser absorvido acriticamente pela doxa do campo? O próprio ato de reconhecer a violência estatal como tal é seguir por trilha diversa dos esforços de justificação da filosofia política moderna. Tudo o que nos venda os olhos passa a ser objeto de crítica e reflexão; tudo o que nos é apresentado como racional, burocrático, rotineiro – “profissional” – é desvelado como dor e sofrimento humano.⁵⁵ Ainda que o conhecimento prático dos princípios do jogo, aquilo que é tido como necessariamente “óbvio”, seja tacitamente exigido dos recém-chegados,⁵⁶ a aposta seria justamente buscar ocupar os espaços acadêmicos invertendo a lógica de naturalização e a convertendo em exercícios de desmistificação, transparência e reflexividade.

Necessário, portanto, estabelecer novos métodos e outra forma de lidar com o ensino de prática penal, conjugando a abordagem dos três blocos já referidos – polícias, justiça e prisão – com o estudo das respectivas profissões que ocupam o campo e suas práticas, ou seja, as dimensões formais e informais de atuação e manifestação. A atenção à construção dos *habitus* profissionais e às disputas e competições entre instituições são também guias valiosos para construir uma compreensão mais ampla e consistente.

Por exemplo, há uma evidente hegemonia das polícias militares estaduais na produção de “entradas” na justiça criminal brasileira, ao menos no fluxo das justiças comuns estaduais, por meio do desproporcional protagonismo de prisões em flagrante praticadas em via pública, em detrimento de investigações de qualidade pela polícia judiciária ou Ministério Público. Trata-se de uma distorção já na entrada que acaba por pautar todo o sistema de justiça criminal. A chave para compreensão da seletividade pode

54. LAGASNERIE, 2018, p. 160. Esse é um tema central na história do direito penal absolutista e remete à ressignificação do conceito de crime em atentado ao soberano ou “crime lesa-majestade”. Não houve, a rigor, uma ruptura iluminista nesse ponto, sendo as mesmas estruturas conceituais transpostas à moderna teoria do delito; cf. SBRICCOLI, 2009.

55. LAGASNERIE, 2018, p. 37-38.

56. BOURDIEU, 2003, p. 122.

estar, portanto, mais no “tirocínio policial”⁵⁷ que pauta a realização de “abordagens” e “revistas” que em momentos posteriores, todos tendentes à confirmação da narrativa inicial.⁵⁸ A pluralidade de atores considerados agentes da segurança pública e as disputas por espaço e protagonismo também são fundamentais para se entender suas dinâmicas reais de funcionamento.⁵⁹

Outra abordagem que explora fatores extralegais e extraprocessuais que influenciam a conduta dos agentes é a aplicação da teoria dos jogos ao processo penal, ferramenta de análise das interações no *jogo processual*. Trata-se de “estudar os mecanismos cognitivos, psicológicos, emocionais, normativos, biológicos e inconscientes que podem (em potência) comparecer no momento decisório”⁶⁰ em um ambiente de incerteza e assimetria de informação. Cada jogador aposta no melhor resultado, buscando antecipar as consequências de sua decisão por meio da compreensão das motivações dos outros jogadores.

Há diferenças marcantes, porém, em relação à abordagem praxiológica. A noção de campo e a organização das posições conforme o capital correspondente, com domínio da tendência de condenação, difere de uma noção de jogo “aberto” com possibilidade de condições do que se chamou “igualdade cognitiva” do juízo diante dos discursos de acusação e defesa.

O conceito de *habitus*, por sua vez, é incompatível com o modelo de ator racional e visa a sua superação. Uma das formas de buscar descrever e compreender os *habitus* do campo da justiça criminal é olhando para as profissões que o compõem. As profissões jurídico-penais deveriam ser formas de especialização criteriosas, mas é de se perguntar se nas carreiras públicas não há um impulso atual à especialização mecânica por meio da crescente indiferença à complexidade de cada caso em prol da adoção de *standards* decisórios e modelos de peças jurídicas massivamente utilizados.

Na advocacia, o controle da entrada tende a elevar o *status* dos serviços e os rendimentos. A crise da advocacia, em boa medida, deve-se ao descontrole sobre a oferta do serviço,⁶¹ mesmo com a existência de um exame organizado pela Ordem dos Advogados

57. Tirocínio policial é uma expressão tipicamente dóxica usada pelas polícias, definida como “espécie de faro” do policial para identificar uma atitude suspeita, que é o critério legal (art. 244, CPP) para justificar a busca pessoal. Nesse caso, o próprio campo produziu um termo que expressa claramente o sentido adquirido pela sua doxa. Sobre a crítica das relações estruturais entre mandato policial e racismo no Brasil, v. FREITAS, 2020.

58. Vide acima, nota de rodapé 41.

59. A pluralidade de atores é perceptível pela leitura do art. 144 da Constituição e do art. 9º da Lei 13.675/2018, que cria o Sistema Único de Segurança Pública. Uma das disputas constitutivas do campo se dá, por exemplo, entre polícia judiciária e Ministério Público por protagonismo na condução de investigações preliminares e seus desdobramentos; ou entre polícia militar e polícia judiciária na alocação do orçamento público e realização de novos concursos etc.

60. ROSA, 2017, p. 11.

61. Crise antiga, estrutural e conjuntural, como indica texto de 1983: “intimamente relacionada com o novo modelo de desenvolvimento instaurado no país após a ruptura de 64, a nível econômico,

do Brasil como requisito para exercício da profissão. Em muitos locais do país, sobretudo em regiões com menor densidade populacional, a advocacia dativa é a principal forma de defesa criminal, com imensos problemas que podem até justificar seu posicionamento como cúmplice da orientação de condenação, como referido anteriormente. De outra parte, a lenta expansão da Defensoria Pública tende a atingir, também, a advocacia criminal, eliminando gradualmente os espaços ocupados pela advocacia dativa.⁶² A chave de leitura aqui é que são as disputas no interior do campo⁶³ que afetam diretamente a postura dos atores e a interpretação e aplicação das regras formais.

O Ministério Público e o Juízo, nas audiências e processos criminais, utilizam conceitos morais para estabelecer critérios e definir o futuro dos réus a partir da acumulação de conhecimento sobre a própria experiência ordinária. Mas o que ocorre é a confirmação, diante de casos reais, da correspondência de suas percepções subjetivas para com as estruturas sociais objetivas do campo, razão pela qual é tão relevante e decisiva a “construção do personagem” por meio de seus antecedentes criminais e, tantas vezes, por sua aparência e vínculos sociais.

Mas a defesa também, ainda que ocupe uma posição dominada, adere à doxa do campo, na medida em que concorda com as regras gerais de participação e acaba inevitavelmente contribuindo para a reprodução do jogo.⁶⁴ É por isso que, afinal, o modelo do devido processo legal não traz nenhum componente de ruptura.

Todos esses elementos devem ser integrados ao ensino da prática jurídica penal, ainda que sem abrir mão do “treino” de peças processuais, em casos simulados ou reais. Esse tipo de atividade deve, porém, ser inteiramente ressignificado a partir da compreensão crítica das práticas penais e do campo da justiça criminal. Os exercícios podem até ser úteis para desenvolver estratégias de raciocínio e a capacidade de percepção das oportunidades argumentativas diante do material probatório, mas nem de longe esgotam as formas de atribuições de sentido dentro do espaço social da acusação, defesa e julgamento. Quando apenas direcionados à aprovação em exames e concursos públicos, servem somente para reforçar a doxa do campo e ocultar os mecanismos que orientam

assim como a nível político-educacional com a Reforma de 68, quando, autorizada a criação de estabelecimentos particulares passou-se a gerar estabelecimentos superiores de ensino diversificados e com clientelas diferentes, o que antevê mercados de trabalho desiguais”; cf. ARRUDA JR., 1983, p. 39-40.

62. A construção da identidade da Defensoria Pública brasileira é caracterizada pelo distanciamento gradual da profissão da advocacia, o que se vê claramente da ADI 4.636 em julgamento pelo STF, e uma aproximação com atribuições até então próprias do Ministério Público por meio de emendas constitucionais e alterações legislativas, destacando-se a tutela coletiva de direitos e a função autônoma de “guardião dos vulneráveis”.

63. Sobre a competição profissional nas profissões jurídicas, v. BONELLI, 1998; e LENOIR, 2008, p. 267-272. Sobre a feminização das carreiras jurídicas nesse contexto, v. BONELLI, BARBALHO, 2008.

64. BOURDIEU, 2003, p. 121.

e condicionam as manifestações formais dos profissionais, sobretudo os que acusam e dos que julgam. Desvelar tais mecanismos e dinâmicas é o desafio de um ensino crítico, porque reflexivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos EUA, Franklin Zimring buscou responder à pergunta se haveria salvação para a irrelevância do ensino de direito penal. Afirmou que sim, desde que o conteúdo curricular abarque os principais movimentos e dinâmicas que impactam o sistema de justiça criminal no qual serão atirados os egressos dos bancos universitários. No caso norte-americano, o autor apontou três temas: encarceramento em massa, guerra às drogas e a retomada da pena de morte em 1976, observando criticamente como apenas esse último tópico fazia parte da ementa obrigatória da imensa maioria das disciplinas de direito penal do país.⁶⁵

E no Brasil, há salvação? Parece necessário incluir como prioridade o ensino de execução penal, disciplina ausente em diversos cursos, além dos processos sociais de impacto que, transversalmente ao encarceramento em massa e à guerra às drogas, parecem encontrar sua síntese no protagonismo dos atores do sistema penal a ser compreendido pela descrição do campo, suas disputas e dos *habitus* profissionais.

Seja por meio do repensar do ensino de prática jurídica penal nos termos aqui propostos, seja discutindo o ensino conjunto das disciplinas de direito penal e processual penal,⁶⁶ fundamental é garantir maior carga de reflexão crítica e sociológica, com o objetivo de rejeitar as pretensões de neutralidade e universalidade não apenas da dogmática, mas da atuação dos profissionais que constroem e viabilizam o sistema de justiça criminal.

Agregar reflexividade à formação prático-profissional no curso de Direito, nesses termos, implica o desafio de questionar as pré-construções do senso comum e da experiência ordinária, condição de possibilidade para o desencantamento das instituições e profissões ao mesmo tempo em que eleva a capacidade de percepção da própria responsabilidade pelos atos praticados em sua natureza violenta.

Segundo a ácida descrição de Kennedy, os processos de diferenciação nas escolas de direito começam com o aprendizado de uma nova linguagem, o que envolve não apenas um novo vocabulário, mas a forma de se expressar, de vestir, de se portar e de escrever. Vem, em seguida, o aprendizado da passividade em sala de aula, reproduzida posteriormente diante do sistema de justiça e da organização das carreiras jurídicas.⁶⁷

A redução do ensino a um espaço de mero treinamento, pautado pelas demandas e pelos *habitus* das profissões jurídicas, sem a capacidade de reflexividade e problematização,

65. ZIMRING, 2014, p. 5-15.

66. MACHADO, MACHADO, 2009, p. 3-26. Sobre a proposta, v. ROSA, 2015, p. 202-217.

67. KENNEDY, 1982, p. 594.

significa a própria destruição do ensino e também um projeto bem-sucedido de naturalização da violência do Estado. Conjugação perigosa, essa que une uma pedagogia de passividade à investidura do poder de praticar atos que semeiam dor e morte.

6. REFERÊNCIAS

- ABEL, Richard. The Decline of Professionalism?. *The Modern Law Review*, [S.l.], v. 49, n. 1, p. 1-41, 1986.
- ACCARDO, Alain. *Introduction a une sociologie critique*: lire Pierre Bourdieu. Marseille: Elements, 1997.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ARRUDA JR., Eduardo Lima de. Bacharéis em direito e crise de mercado de trabalho: algumas reflexões. *Sequência*, Florianópolis, v. 4, n. 6, p. 29-40, 1983.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 27-41, 2011.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jacqueline. O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia. *BIB*, São Paulo, n. 84/2, p. 188-215, 2017.
- BALKIN, Jack M. The crystalline structure of legal thought. *Rutgers Law Review*, [S.l.], v. 39, n. 1, p. 1-77, 1986.
- BECKER, Howard. Uma entrevista com Howard S. Becker. Entrevista concedida a Gilberto Velho, Alzira Alves de Abreu, Maria Ignez Duque Estrada e Vera Costa. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, p. 114-136, 1990.
- BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. Berkeley: University of California Press, 1969.
- BOGOCH, Bryna; DANET, Brenda. Challenge and control in lawyer-client interaction: a case study in Israeli Legal Aid Office. *Studies of legal discourse*, [S.l.], v. 4, n. 1-3, p. 225-275, 1984.
- BONELLI, Maria da Glória. A competição profissional no mundo do direito. *Tempo Social*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 185-214, 1998.
- BONELLI, Maria da Glória; BARBALHO, Rennê Martins. O profissionalismo e a construção do gênero na advocacia paulista. *Sociedade e Cultura*, Goiânia, v. 11, n. 2, p. 275-284, 2008.
- BOURDIEU, Pierre. Algumas propriedades dos campos. In: *Questões de Sociologia*. Trad. Miguel Serra Pereira. Lisboa: Fim de Século, 2003 [1984].
- BOURDIEU, Pierre. De la maison du roi à la raison d'État. *Actes de la recherche en sciences sociales*, [S.l.], v. 118, p. 55-68, 1997.

- BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática. In: ORTIZ, Renato (Org.). *Pierre Bourdieu: Sociologia*. Trad. Paula Montero e Alícia Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983 [1972].
- BOURDIEU, Pierre. Esprits d'Etat: Genèse et structure du champ bureaucratique. *Actes de la recherche en sciences sociales*, [S.l.], v. 96-97, p. 49- 62, 1993.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009 [1980].
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. 9. ed. Trad. Mariza Corrêa. Campinas: Papirus, 1996 [1994].
- BOURDIEU, Pierre. *Sur l'État: Cours au Collège de France (1989-1992)*. Paris: Éditions du Seuil, 2012.
- BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loic. *Invitation à la sociologie réflexive*. Paris: Éditions du Seuil, 2014.
- BUCHER, Rue; STRAUSS, Anselm. Professions in Process. *American Journal of Sociology*, [S.l.], v. 66, n. 4, p. 325-334, 1961.
- BUDÓ, Marília Denardin. O ensino do Direito Penal: da legitimação da violência à luta pela vida. *Direito e Democracia*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 311-330, 2009.
- CAPELA, Fabio Bergamin. *Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.
- CARDOSO, Helena Schiessl. *O ensino da criminologia nos mestrados em direito das universidades públicas*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COVER, Robert M. Violence and the Word. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 95, n. 8, p. 1601-1629, 1986.
- DPRJ – 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* (Coord. Carolina Haber). Rio de Janeiro: DPRJ, 2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf]. Acesso em: 15.08.2020.
- ETZIONI, Amitai. Two Approaches to Organizational Analysis: A Critique and a Suggestion. *Administrative Science Quarterly*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 257-278, 1960.
- FEELEY, Malcolm. The concept of Laws in Social Science: A critique and notes on an expanded view. *Law & Society Review*, [S.l.], v. 10, n. 4, p. 497-523, 1976.
- FEELEY, Malcolm. Two models of the criminal justice system: an organizational perspective. *Law & Society Review*, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 407-25, 1973.

- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Bari-Roma: Laterza, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- FREIDSON, Eliot. Para uma análise comparada das profissões: a institucionalização do discurso e do conhecimento formais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 141-145, 1996.
- FREITAS, Felipe. *Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial*. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. *A criminologia no ensino jurídico no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.
- GARFINKEL, Harold. Conditions of successful degradation ceremonies. *American Journal of Sociology*, [S.l.], v. 61, n. 5, p. 420-424, 1956.
- GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1967.
- HARCOURT, Bernard. *Critique and Praxis*. New York: Columbia University Press, 2020.
- HESTER, Stephen; EGLIN, Peter. *A Sociology of Crime*. London: Routledge, 1992.
- HUGHES, Everett C. Professions. In: *The Sociological Eye: selected papers*. New York: Routledge, 2017 [1984].
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (arts. 75 a 101). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959 [1948]. v. III.
- KAMINSKI, Dan. *Condanner: une analyse des pratiques penales*. Toulouse: Érès, 2015.
- KENNEDY, Duncan. Legal education and the reproduction of hierarchy. *Journal of Legal Education*, [S.l.], v. 32, p. 591-615, 1982.
- LAGASNERIE, Geoffroy de. *Judge and Punish: the Penal State on trial*. Trad. Lara Vergnaud. Stanford: Stanford University Press, 2018.
- LENOIR, Remi. Desordem entre os agentes da ordem. In: BOURDIEU, Pierre et al. (Org.). *A miséria do mundo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.
- MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Do fato ao crime, do crime à pena: o estudo conjunto de Direito Penal e Processo Penal. In: GHIRALDI, José Garcez; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo (Org.). *Ensino jurídico participativo: construção de programas, experiências didáticas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MARSHALL, James. A Shift to a Post-Structuralist Analysis of the Legal Profession. *International Journal of the Legal Profession*, [S.l.], v. 11, n. 1/2, p. 21-32, 2004.
- MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*. Cambridge: Polity Press, 1990.
- MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 79, n. 79, p. 15-38, 2010.
- PACKER, Herbert. Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 113, n. 1, p. 1-68, 1964.
- PARSONS, Talcott. The professions and social structure. *Social Forces*, [S.l.], v. 17, n. 4, p. 457-467, 1938.
- POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. *American Law Review*, [S.l.], v. 44, n. 1, p. 12-36, 1910.
- ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. In: *Opere Giuridiche*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1933. v. 3.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para quem(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- ROSA, Alexandre Morais da. Direito e processo penal juntos? (Des)caminhos do ensino jurídico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 202-217, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos jogos e processo penal: a short Introduction*. 2. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2017.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999 [1939].
- SANTOS, André F. P. Reid dos. Uma introdução à Sociologia das profissões jurídicas. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 79-99, 2012.
- SBRICCOLI, Mario. Giustizia Criminale. In: *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. t. I.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- SINHORETTO, Jacqueline. Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça. *Anuário Antropológico/2009*, [S.l.], v. 2, p. 109-123, 2010.
- VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- VELHO, Gilberto. *Desvio e divergência: uma crítica da patologia social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- WACQUANT, Loic. Pour une praxéologie sociale: structure et logique de la sociologie de Bourdieu. In: BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loic. *Invitation à la sociologie réflexive*. Paris: Éditions du Seuil, 2014.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 5, p. 48-57, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires, Ediar, 2009.

ZIMRING, Franklin. Is there a remedy for the irrelevance of academic criminal law? *Journal of Legal Education*, [S.l.], v. 64, n. 1, p. 5-15, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ativismo como manifestação do poder simbólico de Bourdieu, de Kátia Silene Sarturi – *RDCI* 112/107-134 (DTR\2019\27770);
- Um passeio pela margem: preliminares de uma criminologia crítica brasileira, de Vanessa Cerezer de Medeiros – *RBCCrim* 171/463-488 (DTR\2020\11596); e
- Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, de Victor Sugamoto Romfeld e Daniel Fauth Washington Martins – *RBCCrim* 172/421-450 (DTR\2020\12767).

FOUCAULT E O ECONOMISMO PENALÓGICO

FOUCAULT AND THE PENALOGICAL ECONOMISM

CLÉCIO LEMOS

Pós-Doutor em Direito pela Columbia University (2019). Doutor em Direito pela PUC-Rio, com período sanduíche na Università degli Studi di Padova (2018).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4912344889000121].
ORCID: 0000-0003-3316-2375.
cleciojus@gmail.com

Recebido em: 30.04.2020

Aprovado em: 30.11.2020

Última versão do autor: 30.11.2020

ÁREAS DO DIREITO: Fundamentos do Direito; Penal

RESUMO: O artigo parte da crítica Foucaultiana ao economismo na filosofia política para verificar se o mesmo tipo de positivismo afeta a penalogia. Identifica não apenas um histórico relevante, mas também o fato de que uma das teses mais famosas da atualidade é devota de um inegável economismo penalógico. Traz a teoria do terceiro Foucault com o objetivo de apresentar uma saída de superação desse viés restrito de compreensão das penas, demonstrando, ao fim, que um diagnóstico mais complexo permite abrir novos caminhos de resistência à justiça penal.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Penalogia – Justiça – Penal – Economismo – Foucault.

ABSTRACT: It starts from the Foucaultian critique of economism in political philosophy to verify whether the same type of positivism affects penalogy. It identifies not only a relevant history, but also the fact that one of the current most famous theory is devoted to an undeniable penalogical economism. It brings the theory of the third Foucault to present a way of overcoming this narrow bias of understanding penalties, demonstrating at the end that a more complex diagnosis allows opening new paths of resistance to criminal justice.

KEYWORDS: Criminology – Penalogy – Justice – Penal – Economism – Foucault.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O economismo penalógico. 3. Foucault e o contrapositivism. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da Criminologia não deve ser feito com base em uma premissa evolucionista. Não se deve pressupor que haja uma linha contínua de progresso nos pensamentos criminológicos, em que uma escola sucessivamente incorpora os equívocos das escolas anteriores e dá um passo à frente. Inegavelmente, o que existe são permanências de certas premissas, surgimento de novas perspectivas, batalhas epistemológicas em que fatalmente certas visões são esquecidas ou não suficientemente incorporadas, enquanto outras prevalecem.

Ao que tudo indica, ainda não foram exploradas em todo seu potencial as contribuições da perspectiva teórica de Michel Foucault para o campo criminológico. Podemos perceber uma boa aceitação de sua análise sobre a conexão entre a expansão do uso das prisões no século XVIII e o dispositivo disciplinar,¹ mas poucos autores se dedicaram a explorar os alcances possíveis de sua filosofia para compreender a justiça penal do presente (VORUZ, 2010).

Para atender a tal tarefa, certamente não basta ler “Vigiar e punir” e seus quatro cursos² mais diretamente ligados ao tema penal. Suas visões inovadoras para a filosofia política se estendem sobre todo seu percurso acadêmico nas décadas de 1960 a 1980, e não há uma verdadeira sistematização delas. É preciso, portanto, encarar toda a complexidade dessas longas páginas para extrair algumas de suas mais valiosas conclusões, cabendo aqui destacar suas quatro grandes críticas ao *mainstream* da filosofia política de nosso tempo: o humanismo, o economismo, o estado-centrismo e o repressivismo (LEMOS, 2019).

Neste trabalho iremos focar na crítica ao que ele mesmo denominou de “economismo”. Como consta em várias de suas obras e cursos, o autor notou uma insistência de certa visão que privilegia a economia como fonte de análise dos acontecimentos políticos e que, curiosamente, é compartilhada até mesmo por autores que se entendem como pertencentes a polos opostos (liberais e marxistas) (FOUCAULT, 2010, p. 13).

Sendo isso verdade, no intento de investigar como as críticas foucaultianas podem ser relevantes para pensar uma criminologia para o século XXI, surge uma pergunta inicial: é possível afirmar que o economismo se inseriu como parâmetro também nas análises penológicas?

Dessa pergunta brota o verdadeiro problema do presente artigo. Como será demonstrado, é possível verificar que o economismo não apenas se infiltrou em algumas das mais relevantes análises oferecidas pelos discursos penológicos das últimas décadas, mas

1. Apresentada sobretudo em sua obra-prima de 1975, “Vigiar e punir” (FOUCAULT, 2010a).

2. Dois cursos oferecidos no Collège de France, “Teorias e instituições penais” (FOUCAULT, 2019), de 1972, e “A sociedade punitiva”, de 1973 (FOUCAULT, 2015); o curso oferecido na PUC-Rio, em 1973, “A verdade e as formas jurídicas” (FOUCAULT, 2002); e o curso oferecido em Louvain, em 1982, “Malfazer, dizer verdadeiro” (FOUCAULT, 2018).

que ele é a essência da teoria mais amplamente aceita sobre a “virada punitiva” (*punitive turn*) que se deu na dobra do milênio.

A partir disso, extraímos uma hipótese. Se o olhar foucaultiano aponta suficientes indicadores do “por que e como” escapar do economismo para ampliar o horizonte de compreensão dos fluxos do poder, tudo indica que esse mesmo olhar pode ser relevante para pensar novos aportes na criminologia.

O objetivo, enfim, é demonstrar de que forma a “caixa de ferramentas” foucaultiana pode oferecer elementos importantes para pensar o funcionamento da justiça penal nos dias de hoje, viabilizando uma visão penalógica contrapositivista, desatrelada de qualquer determinismo econômico, a fim de deixar abertas as possibilidades de uma análise crítica mais profunda da pena.

2. O ECONOMISMO PENALÓGICO

Após um longo período de predomínio das escolas liberal e positivista nas narrativas sobre justiça penal, destaca-se, no século XX, o surgimento de outra forma de análise cujo foco não era mais nos processos de criminalidade (etiologia), mas, sim, nos processos de criminalização (reação social). Distanciando-se do foco tradicional na investigação das causas das práticas criminosas, uma nova criminologia foi sendo gestada visando problematizar o funcionamento penal como veículo de controle social (BATISTA, 2011, p. 74).

Em outras palavras, pode-se indicar o surgimento de uma penologia politizada. Para além das investigações penais centradas nos fins preventivos das penas como forma calculada de gerir o voluntarismo do agente criminoso, um novo campo teórico incorporou os debates políticos que já agitavam as ciências sociais desde o século anterior, e com isso pretendeu desvendar os fins ocultos das penas (CARVALHO, 2013).

Enfim, sob essa ótica, a punição já não é uma simples resposta institucional que visa frear condutas nocivas à sociedade, ela é um veículo de controle que exerce um papel escuso, inconfessável. O pressuposto de que a justiça penal visa à “defesa social” é posto em xeque e surge todo um novo olhar que desconfia do Estado e quer trazer para a superfície as funções não oficiais das penas.

Talvez a primeira grande narrativa nesse sentido tenha sido a do soviético Eugeny Pasukanis. Em 1926, ele publica a obra em que formula uma pesada crítica ao contratualismo jurídico, pondo no cerne da questão a teoria marxista de que o Estado representa grupos privilegiados, que os supostos “interesses do conjunto da sociedade são deformações conscientes da realidade” (PASUKANIS, 1989, p. 152).

Sua teoria conecta o surgimento da pena liberal com o princípio de relação de equivalência, decorrente das relações materiais de produção capitalista. Segundo ele, a teoria legal é um engodo, pois, na verdade, extrai seu significado da própria lógica do mercado, que crê na troca mensurada por valores.

Para o autor, a luta de classes se realiza pela teoria do direito e “a jurisdição criminal do Estado burguês é o terror de classe organizado”. Ou seja, a pena com fins protetivos é mera ideologia, falseamento, já que o poder judicial usa seus instrumentos como forma de submissão da classe operária (PASUKANIS, 1989, p. 151).

Sendo assim, o autor vincula a justiça ao cumprimento de uma função essencialmente econômica, encontrando no mercado sua origem e seu objetivo. A lei não cria o sujeito econômico, ela encontra já posto esse “substrato material na pessoa do sujeito econômico egoísta” (PASUKANIS, 1989, p. 63).

Daí se depreenderia a base material da qual brotam todas as diretrizes. O que existe seria uma superestrutura jurídica, que serve ao “terreno de relações de produção e de propriedade determinadas”. Por isso as penas seriam essencialmente funcionais à matriz econômica, elas visariam proteger a predominância da classe burguesa no seio social mediante o domínio que suas propriedades possibilitam (PASUKANIS, 1989, p. 61).

Exatamente por isso, um novo modelo jurídico só poderia ser viável quando alteradas as relações materiais, restando inúteis as tentativas de modificação por meio da mera crítica teórica. Segundo aponta, somente a concretização do socialismo permitiria alterar os conceitos jurídicos.³

Veja-se, portanto, como surge com base em Marx uma análise das funções da pena lastreada na estrutura de classes da sociedade, da qual partiriam não apenas as formas jurídicas e políticas, mas o próprio jeito com que as pessoas pensam suas realidades e se movem diante delas.⁴

Podemos dizer que tal forma de leitura se manteve discreta no debate criminológico ocidental, vindo à tona com maior fôlego somente quando publicada a nova edição, em 1969, do livro “Punição e Estrutura Social”, dos professores da escola de Frankfurt Georg Rusche e Otto Kirchheimer.

3. “Um representante notório da escola sociológica, van Hammel, declarou no congresso de criminológica de Hamburgo, em 1905, que os principais obstáculos que se apresentavam à criminologia moderna eram os tais conceitos de culpabilidade, de delito e de pena. Tão logo nos desvencilhemos destes conceitos, acrescenta, tudo irá melhorar. Podemos retrucar estas considerações, dizendo que as formas de consciência burguesa não se deixarão suprimir unicamente por uma crítica ideológica, pois constituem um todo com as relações materiais que exprimem. O único caminho para dissipar estas aparências tornadas realidade é o da abolição prática destas relações, a luta revolucionária do proletariado e a realização do socialismo” (PASUKANIS, 1989, p. 162).
4. “Na produção social da sua vida os homens entram em determinadas relações, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada etapa de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas da consciência social. O modo de produção da vida material é que condiciona o processo da vida social, política e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, inversamente, o seu ser social que determina a sua consciência” (MARX, 2008, p. 47).

A publicação original data de 1939, porém, nessa época, os autores tiveram que se refugiar nos EUA por conta da ascensão do nacional-socialismo. Então, só se encontrou terreno fértil para tais discussões três décadas depois, momento em que ela passa a ser reconhecida como a fundadora da “economia política da pena” (DE GIORGI, 2018, p. 2).

A obra faz uma longa investigação histórico-sociológica dos métodos punitivos, percorrendo suas formas da baixa idade média até o século XX. Segundo apontam, há uma correlação direta entre as formas de pena – tais como escravidão, pena de morte, penas corporais, prisão, deportação, fiança – e as condições econômicas de cada período (RUSCHE et al., 2004, p. 20).

Anunciando um estudo da pena por fora de seu “viés ideológico e de seu escopo jurídico”, acreditam ter encontrado provas de que as verdadeiras relações na mecânica das punições decorrem de suas bases materiais determinantes, fazendo com que os discursos de luta contra o crime sejam de menor relevância para compreender as mudanças que se operam nas penas (RUSCHE et al., 2004, p. 19).

Segundo a obra, as taxas de criminalidade basicamente não são afetadas pelas políticas criminais, assim como as políticas criminais não são influenciadas pelos índices de prática criminosa, indicando a total desconexão entre os fins declarados das penas e os seus fins efetivos. As legislações refletiriam na verdade mudanças no mercado de trabalho,⁵ essa seria a função (RUSCHE et al., 2004, p. 273).

Bem por isso, sentenciam: “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”. Eis uma tentativa de traçar a regra geral de leitura das penas, uma vinculação estrita entre economia e justiça criminal, de maneira que a intensidade e o tipo de punição sempre são determinados pelas “forças econômicas”, acima de todas as outras forças sociais (RUSCHE et al., 2004, p. 20).

Sem dúvidas, a segunda edição da obra pode ser reconhecida como uma das principais influências do movimento que seria intitulado Criminologia Crítica, por isso, também vale investigar aqui um de seus mais destacados representantes. Alessandro Baratta, autor de grande relevância na Europa e no Brasil, publica, em 1982, sua obra mais importante para apresentar o que ele entendia como uma “teoria materialista” do desvio e da criminalização (BARATTA, 2002, p. 159).

Defendendo uma perspectiva macrosociológica para superar as teorias de “médio alcance”, o italiano passa por todas as maiores escolas criminológicas pontuando suas deficiências. Ao fim, ele defende que não é possível compreender a penalogia sem prestar estrita atenção ao desenvolvimento das relações de produção. Logo, para superar de vez o enfoque ideológico, defende que é preciso enxergar que as penas não são uma resposta à criminalidade, elas seriam um instrumento que serve ao modelo econômico acima de tudo.

5. Ver também o artigo de 1933 de Georg Rusche, republicado pela revista *Social Justice* (RUSCHE, 2014).

Precisamente por isso, considera que as teorias jurídicas muito pouco podem fazer no tocante à mudança da justiça penal, pois seria “impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista”. Eis o amálgama fundamental de se compreender: a pena atende ao capital (BARATTA, 2002, p. 190).

Assim, para entender o funcionamento real da justiça penal na modernidade, seria preciso focar no fato de que ela se presta a realizar um controle econômico. Superando os falsos discursos das teorias liberais da pena e identificando os efeitos de larga escala da punição estatal, caberia encontrar sua função principal: “contribuir para a reprodução das relações sociais de produção” (BARATTA, 2002, p. 150).

Aqui, mais uma vez, confirma-se a permanência do economismo nos discursos sobre a pena, por meio de um grande expoente dos pensamentos criminológicos da segunda metade do século XX. Todavia, ainda estaria por surgir sua expressão mais famosa, sua face de maior repercussão nos debates internacionais.

Em 1999, um francês radicado na Califórnia publica sua tese na tentativa de explicar a violenta ascensão da pena de prisão nos EUA e em alguns países da Europa no final do século. Loïc Wacquant apresenta em “As prisões da miséria” uma teoria que entende o enrijecimento das punições como uma forma de “educar” a classe trabalhadora refratária à “disciplina do trabalho assalariado precário e sub-remunerado” (WACQUANT, 2001, p. 58).

Suas pesquisas apontam que as novas palavras de ordem no campo criminológico, forjadas nos *think tanks* norte-americanos, são apenas uma forma de vender a nova fórmula neoliberal de contenção dos pobres. O controle prisional serve, principalmente, para permitir um controle dos seguimentos inferiores do mercado de trabalho sem a necessidade dos gastos com assistência social (WACQUANT, 2001, p. 98).

Como o próprio autor indica, essa obra alcançou uma “trajetória meteórica” nos debates acadêmicos, todavia, ganharia uma pequena revisão em seu livro seguinte para conectar as transformações penais com a própria reengenharia do Estado. A promoção do “Consenso de Washington” na economia só pode ser encaminhada junto com a punição institucional, porque a “mão invisível” do mercado necessitaria do “punho de ferro” do Estado penal (WACQUANT, 2014, p. 73).

Em “Punir os pobres”, o autor defende que não houve nenhum aumento de criminalidade nos EUA desde a década de 1970, de modo que a única maneira de compreender o “giro punitivo” seria associar as punições com o aumento da pobreza, decorrente da contenção das despesas do Estado com a área social e pela imposição do trabalho assalariado precário: “nova norma de cidadania para aqueles encerrados na base da polarizada estrutura de classes” (WACQUANT, 2007a, p. 15).

A tese central permanece, o contingente prisional significa a “lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado”, a neoliberalização gestada pelo Estado dependeria de uma “invisibilização” dos problemas sociais provocados pela nova ordem no mercado de trabalho (WACQUANT, 2007a, p. 21).

A união entre política social e política penal está na base da estrutura de classes e lugares, de maneira que a técnica punitiva de controle da desordem induzida pela fragmentação do trabalho é “eminentemente produtiva”. Portanto, a explicação só poderia advir de uma atenção às novas regras da economia (WACQUANT, 2007a, p. 63).

A insegurança social, provocada pela precariedade material (trabalho dessocializado e fim dos benefícios previdenciários) e todos os seus reflexos (familiar, escolar, saúde e mental), seria a razão da escalada punitiva neoliberal, funcionando as prisões como locais de “armazenagem” daqueles que não conseguem mais ser consumidores dentro do novo sistema (WACQUANT, 2007a, p. 464).

O novo estilo de Leviatã traz como missão um novo regime econômico, baseado na hipermobilidade do capital, flexibilidade do trabalho, redução de gastos com o bem-estar, só conseguindo se sustentar com o uso da máquina carcerária. Eis a resposta do grupo dirigente⁶ contra a massa marginalizada, uma resposta seletiva de perseguição das classes baixas e imunização das classes média e alta, constituindo a metáfora do “Estado Centauro”.⁷

O grande encarceramento não é meramente um efeito do neoliberalismo, ele seria propriamente um componente do Estado neoliberal. A prisão seria um elo indispensável de preservação do modelo econômico, a única saída para lidar com o crescimento da pobreza urbana (WACQUANT, 2014, p. 83).

A toda evidência, não se trata de uma análise pontual sobre o que ocorreu nos EUA, o autor está convencido de que descobriu em verdade uma fórmula aplicável como baliza para entender todos os fluxos punitivos internacionais das últimas décadas.⁸ Não por outro motivo, o autor aponta que a estagnação das prisões nos países nórdicos se deve essencialmente ao fato de que eles mantiveram suas políticas de bem-estar social e não sucumbiram à neoliberalização do trabalho, eis a sua prova definitiva (WACQUANT, 2014, p. 79).

Ou seja, ainda que de forma mais refinada, fazendo eventual alusão a debates sobre controle racial, a teoria de Wacquant encontra seu sustento primordial no economismo. Ainda que tente conectar a elevação das penas ao enredo social, usando termos como “Estado social” e “insegurança social”, é indisfarçável o fato de que suas explicações acabam sempre por se centralizar na pobreza como elemento crucial da ascensão penal. A bem de se dizer, não há dúvidas que o conceito de “pobreza” é essencialmente econômico.

6. Vale destacar que, para Nicola Lacey, a base da teoria de Wacquant é remanescente da versão marxista de “hegemonia de classe” (LACEY, 2013, p. 267).

7. “Estado-centauro, liberal no topo e paternalista na base, que apresenta faces radicalmente diferentes nas duas extremidades da hierarquia social: um rosto simpático e gentil para as classes média e alta, e uma cara medonha e carrancuda para a classe baixa” (WACQUANT, 2010, p. 158).

8. Os estudos do autor incluem também o Brasil (WACQUANT, 2007b), mas sobre as particularidades do grande encarceramento brasileiro, vale a leitura de Dal Santo (2019).

Sendo o economismo a matriz vitoriosa no campo crítico das ciências sociais, não à toa a tese de Wacquant caiu nas graças da maior parte da academia e assim se tornou a visão penalógica mais referendada dos dias atuais. Sendo ele o autor mais recente que “atualiza” a perspectiva do economismo penalógico, estando ainda em plena atividade, será utilizado como base preferencial para as críticas do capítulo seguinte, até para que se demonstre a relevância de um contraponto a essas teorias no presente momento.

Vale registrar ao fim que, passando pelos quatro autores, fica claro que o economismo faz-se presente na penalologia ocidental no mínimo há um século, encontrando-se profundamente enraizado na forma com que uma boa parte da comunidade científica de viés crítico faz a leitura política da justiça penal.

3. FOUCAULT E O CONTRAPOSITIVISMO

Foucault provavelmente foi o maior adversário do economismo na filosofia política do século XX; percebeu os problemas desse tipo de espectro epistemológico e se posicionou contra tal premissa ao longo de todas as suas três fases⁹ de produção.

Em verdade, ele era um opositor de todas as formas de positivismo, sendo esse embate um dos nortes essenciais da sua forma de investigação da realidade. Foi nesse sentido que o Foucault defendeu o uso de um “contrapositivismo”,¹⁰ significando uma proposta que critica os positivismos sem acabar por cair em outras formas positivistas.¹¹

Seu método apresenta um contraponto aos positivismos; as genealogias são, desde sempre, não universalistas. Criticar como uma leitura da realidade se fixa sobre uma base específica de veridicção não remete a uma nova fixação, ou seja, a denúncia de uma análise positivista não necessita se basear em uma nova base determinista (LEMOS, 2020b).

O que movia a filosofia foucaultiana era realizar uma “história política das veridicções”, não se apegando a uma nova forma rígida de dizer verdadeiro (veridicção). Seu problema era demonstrar como determinadas formas de ver a realidade surgem de acordo com cada contexto e logo identificar as condições dessas “verdades”, mas sem que para tanto fosse necessário pretender descobrir a verdade final, ou a “verdade verdadeira” (FOUCAULT, 2018, p. 10-11).

Por isso sua permanente negativa em oferecer uma nova “teoria do conhecimento”, chegando mesmo a dizer que sua genealogia produzia “anticiências” (FOUCAULT,

9. Arqueologia do saber (1961-1969), Genealogia do poder (1970-1979) e Ética (1980-1984).

10. Também inspirado nesse conceito de Foucault, Bernard Harcourt defende uma “teria contracrítica” (HARCOURT, 2018, p. 15-42).

11. “Eu gostaria de evocar aqui um contrapositivismo que não é o oposto do positivismo, mas sim seu contraponto. Ele seria caracterizado pelo espanto perante a bem antiga multiplicação e proliferação de dizer verdadeiro, e a dispersão de regimes de veridicção em sociedades como as nossas” (FOUCAULT, 2018, p. 11).

2010b, p. 9), para fugir da pretensão de criar uma nova instância teórica unitária e hierárquica em nome de um conhecimento verdadeiro. Pelo mesmo motivo, em outra ocasião sugeriu que sua filosofia era uma “anarqueologia”, cuja essência é fugir dos universalismos de qualquer espécie (FOUCAULT, 2014, p. 73-74).

Preocupado com as mais diversas expressões positivistas, desde cedo Foucault apontou o problema das análises políticas estritamente centralizadas na economia, identificando algumas de suas origens mais diversas. Vagando por textos de autores aparentemente tão distintos, como David Ricardo e Karl Marx, seu trabalho arqueológico identificou uma linha de similitude que remonta às noções de “raridade e de trabalho” como forma central de compreensão do poder (FOUCAULT, 2007, p. 359-360).

Notou que o economismo se perpetuava como uma maneira de ditar a compreensão da história. Então, como resposta a isso, Foucault ofereceu uma nova forma de compreensão do poder, não atrelada a nenhuma outra “verdade por trás do poder”. Mais do que isso, ele demonstra que, onde se pensava encontrar o causador máximo dos poderes, ali mesmo já se está o poder.

Consequentemente, não cabe mais eleger o poder como um “garantidor” do modo de produção, ele é propriamente aquilo que “possibilita constituir um modo de produção”, está em seu cerne (FOUCAULT, 2015, p. 210).

“Isto porque, para que existam as relações de produção que caracterizam as sociedades capitalistas, é preciso haver, além de um certo número de determinações econômicas, estas relações de poder e estas formas de funcionamento de saber. Poder e saber encontram-se assim firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados muito profundamente naquilo que as constitui.” (FOUCAULT, 2002, p. 126)

Isso permite situar uma ideia de poder desapegada de qualquer referência universalista, conectando o poder aos “jogos de verdade” de cada tempo histórico. A condução das relações humanas não tem uma matriz estável e natural, ela se cria em referência a regimes pontuais de pensamento, por isso é um “saber-poder”.

O poder não pode ser lido como estando numa posição “superestrutural”, porque está desde já onde se produzem as condições e as demandas econômicas, ele não pode ser refém da função de “proteger, conservar ou reproduzir relações de produção” (FOUCAULT, 2010c, p. 43).

Foucault refuta que as relações de poder estejam numa “posição de exterioridade” com respeito a outras formas de relação (econômica, sexual, racial), concebendo que essas próprias formas só se realizam por meio de jogos de força (partilhas, desequilíbrios, seleções). Há uma imanência do poder, ele está no interior e é constitutivo das relações humanas (FOUCAULT, 2011, p. 104; LEMOS, 2020a).

Como o poder não pode se situar fora das relações, bem como não pode ser essencializado em nenhuma característica, ele não é algo que se possa ter propriedade. Ele é

estratégico, tem fluidez para se modificar, encontrar novos caminhos e novos fundamentos, novas causas e novas funções (ROSE et al., 2006).

Foucault aplica o “antifuncionalismo” de Nietzsche para as ciências sociais, captando o fato de que práticas de poder criadas com certos objetivos podem ser eventualmente utilizadas para outros fins, por isso desatrela a existência de certas técnicas a efeitos específicos, abrindo mão de definir regras generalizantes de causalidade.¹² As técnicas de governo de condutas são flexíveis, podem se separar das suas causas originais e ser “recicladas” para produzir efeitos em outros âmbitos (VALVERDE, 2017, p. 19).

O poder não se dá, nem se troca, ele somente “se exerce”, ou seja, ele é uma relação de força instável que depende não apenas da posição que alguém ocupa, ele depende de um efeito para ser reconhecido como norma. Depende que haja condução de condutas (FOUCAULT, 2010b, p. 15).

Uma leitura que considera a política como mera consequência das “forças de produção, luta de classe e estruturas ideológicas” ignora o fato de que essas mesmas ocorrências dependem de mecanismos correlatos de dominação. As forças econômicas só existem porque estão em relações complexas e circulares com outras formas de sujeição (FOUCAULT, 1995, p. 236).

Reconhecer que toda economia é desde sempre uma “economia-política” significa superar a ideia de naturalização das trocas de riqueza e do trabalho humano.¹³ Ora, é claro que o homem só se torna “força produtiva” porque é obrigado a trabalhar, por sua vez, essa obrigação decorre de uma série de forças políticas que se projetam sobre ele, conectadas com saberes produzidos (FOUCAULT, 2006, p. 259).

Dizer o contrário seria afirmar que o trabalho é a essência do homem, o que seria mais uma inegável universalização. Não é o trabalho que produz a disciplina, é o poder disciplinar que está na própria formação do trabalho como o entendemos no capitalismo. Por isso o próprio conceito de “trabalho” seria estranho a outras épocas da humanidade (FONTANA et al., 2010, p. 237).

Analisando o quadro do trabalho assalariado no capitalismo industrial, por exemplo, não é difícil concordar que “a fábrica pressupõe esses mecanismos de poder agindo, de dentro, sobre os corpos e as almas”. O campo econômico não é alheio às múltiplas forças e discursos que movem o trabalhador a um local e uma forma de agir (DELEUZE, 2005, p. 36).

Aderindo às críticas foucaultianas, resta, portanto, o encaminhamento de que pressupor uma relação de causalidade rígida entre justiça e interesses econômicos significa

12. “Uma análise marxista, por exemplo, tenderia a afirmar que os relógios foram inventados para disciplinar os trabalhadores na pontualidade. Foucault não nega que os relógios sirvam de fato a esse propósito; mas ele insiste que não há nada inevitável nessa função ou efeito específico” (VALVERDE, 2017, p. 19).

13. Para melhor aprofundar a questão, ver: “Os pecados secretos da economia” (MCCLOSKEY, 2018) e “Considerações sobre a Escola Austríaca de economia” (SOUZA et al., 2020).

mais um positivismo. Sendo certo que hoje existe um jogo de forças entre classes que se situam em posições distintas de poder em função do seu domínio sobre as riquezas, o direito não deve ser visto como mero álibi ou protetor dessa situação, ele deve ser visto como mais um instrumento que eventualmente pode ou não se relacionar com esses jogos, em níveis variados, e não se pode estabelecer uma regra global acerca dessa conexão (FOUCAULT, 2006, p. 247).

Aderindo à crítica ao economismo, a perspectiva contrapositivista deve nos remeter a uma abordagem não determinista do funcionamento da justiça penal, de maneira que o liame economia-pena continue sendo relevante, mas não seja o ponto rígido do qual partem todas as interpretações.

Stanley Cohen parece ter sido um dos primeiros a notar como certas leituras criminológicas aparentemente de vanguarda, ao fazerem uma crítica do positivismo oitocentista, acabavam caindo em um determinismo sociológico: “circunstâncias materiais, a persuasão da ideologia burguesa, o potencial para a biografia ser ossificada pelo aparato de controle”. Segundo aponta, essas teorias apenas inverteram as premissas positivistas que elegiam como inimigas (COHEN, 1988, p. 128).

O autor identifica que o debate “materialistas *versus* idealistas”, que circulava nos cenários políticos há mais de um século, acabou por se instalar também na penalogia, remetendo a todo um novo jogo de análises que se petrifica na referência obrigatória ao mercado em todo e qualquer tipo de variação na justiça penal.

Uma análise bem precisa sobre o tema foi igualmente oferecida por Alessandro de Giorgi em um de seus mais recentes artigos. Nele, traz uma crítica contundente à tradição reducionista da economia política da pena, na qual se criou uma referência mecânica da atuação penal como reguladora da pobreza (DE GIORGI, 2018).

Uma análise que pretende prever todos os ciclos punitivos a partir da “estrutura” econômica da sociedade acaba por estabelecer uma relação causal de direção única, negligenciando uma análise mais complexa, preservando a já tão criticada separação entre “estrutura e cultura” (DE GIORGI, 2018, p. 11).

O professor italiano nota que o exclusivo foco no aspecto instrumental materialista acaba gerando um foco muito estreito, ignorando todo o campo simbólico que perfaz os diversos fluxos de poder, que às vezes estão próximos do mercado, às vezes não. Advoga que, a despeito da relevância da questão econômica para entender alguns dos mais importantes câmbios no setor penal, é necessário complexificar a análise conjugando as demais estratégias governamentais de regulação social e os processos de reprodução cultural promovidos pelos discursos (DE GIORGI, 2018, p. 19).

Por fim, aponta a falha da teoria de Wacquant na vinculação do neoliberalismo com o grande encarceramento. Segundo entende, essa tese se fixa numa “hipótese utilitária” limitada do controle da pobreza mediante prisão, por isso acaba reproduzindo o

reducionismo que ele mesmo critica, ainda que de uma forma mais “sofisticada”¹⁴ (DE GIORGI, 2018, p. 14).

A dita sofisticação vem do fato de que Wacquant apresenta muitos dados relacionados ao crescimento carcerário, alguns deles que inclusive se enquadrariam tipicamente no campo “simbólico”, tal como a ascensão de certos discursos criminológicos,¹⁵ mas que ao fim todos se referem à mesma função de promoção e preservação de um formato institucional criador de marginalizados. Apesar de uma riqueza no detalhamento de vários elementos que promovem o encarceramento em massa, todos acabam por se manter em referência final a um molde econômico. Daí sua estreiteza, seu positivismo.

Uma pesquisa que pretenda estabelecer laços estritos entre pena e funções político-econômicas tende a ser limitada porque menospreza as variações nas práticas delitivas¹⁶ e nos diversos fundamentos das alterações legais. Narrativas que se pretendem globais não prestam a devida atenção a uma série de outros fatores da teia social, assim como forçam a existência de um processo unitário de condução da rede penal (GARLAND, 2018, p. 15-22).

A dita “tese vencedora” replicada a partir de Wacquant oferece uma análise simplificada do contexto punitivo das últimas décadas, com isso se apresenta como um “dualismo superficialmente atrativo”. Ainda que se considere toda a relevância da questão de classe no campo penal, não se pode aderir a um empirismo funcional binário, em que tudo aparentemente pode ser explicado a partir da oposição entre políticas inclusivas de bem-estar e políticas excludentes neoliberais (MATTHEWS, 2014, p. 32-57).

Ao centralizar a análise na economia, tal tese também traz como falha a insuficiente explicação de como as instituições sociais e políticas constituem o enredo geral do que se chama Neoliberalismo. Por esse motivo, Lacey classifica a teoria de Wacquant entre as mais descuidadas defesas da tese da penalidade neoliberal, já que representa um *deficit* institucional e uma vagueza conceitual, criando uma supergeneralização (LACEY, 2013).

Segundo defende, tal tese gera uma infeliz tendência de reificar o Neoliberalismo e seus efeitos, não demonstrando como o campo econômico se relaciona sistematicamente com os demais. Carece, ao fim, de uma analítica que traga todos os elementos e suas condições históricas de existência, não demonstrando que o enredo dito “neoliberal” depende de uma série de poderes e instituições para sustentar suas práticas e seus arranjos (LACEY, 2013, p. 263).

É preciso entender, portanto, que as estratégias penais não podem ser lidas como mera ferramenta das prioridades da classe dirigente. As táticas penais são criadoras de

14. Alessandro De Giorgi finaliza seu artigo defendendo uma “economia política da pena pós-reducionista” (DE GIORGI, 2018, p. 17).

15. Com destaque para “Janelas quebradas” e “tolerância zero”.

16. Acerca da variação nas práticas criminosas nos EUA neoliberal, verificar também em estudo específico de John Pfaff (2017).

subjetivações e “espaçotemporalidades” que podem estar, em algum nível, conectadas com as relações econômicas, mas que não podem ser totalmente explicadas por elas (VALVERDE, 2017, p. 136).

Uma análise comparativa do neoliberalismo com outras épocas remete ao fato de que alguns de seus traços não são verdadeiramente únicos, que várias das suas condições de existência existiram em outros momentos e lugares sem levar à “penalidade neoliberal”. Além disso, diante de gráficos indicativos das taxas de aprisionamento dos EUA¹⁷ e dos países europeus, pode-se demonstrar que a tese de Wacquant sobre a “tempestade de fogo global” das punições lastreadas na exportação do modelo econômico norte-americano não se comprova. Pondo lado a lado os países de capitalismo avançado que assimilaram políticas econômicas aproximadas nas últimas décadas, nenhum outro local se compara às taxas e variações de aprisionamento norte-americano. Sendo cabível concluir: “sob o escrutínio conceitual, histórico e comparativo, a tese da penalidade neoliberal se desmancha no ar” (LACEY, 2013, p. 263-273).

Também para Harcourt, é falho o esforço de concentrar a explicação da “virada punitiva” das últimas décadas nas mudanças no nível de pobreza, já que outras épocas passaram por níveis bem semelhantes em termos de controle disciplinar e atuarial. Lembra, inclusive, que os próprios EUA experimentaram taxas parecidas de internação de deficientes mentais nas décadas de 1930 a 1950, sem que houvesse um modelo econômico semelhante ao atual (HARCOURT, 2010, p. 75-76; HARCOURT, 2011, p. 208).

Outra investigação comparativa robusta sobre a não aplicabilidade da tese da penalidade neoliberal de Wacquant foi feita pelo argentino Máximo Sozzo. Ele contesta a teoria diante da realidade da América do Sul, passando pelos números carcerários de vários países e pelos seus cenários políticos de incorporação do receituário neoliberal.

Ao se debruçar principalmente sobre Venezuela, Bolívia, Equador, Brasil, Uruguai e Argentina, o artigo identifica que a rápida ascensão dos contingentes carcerários nesses países se deu mesmo após a instalação de alianças políticas “pós-neoliberais”. Diante disso, afirma que é indispensável considerar uma série de outros elementos que ativam decisões, ações e resultados no campo penal com alguma independência do aspecto econômico (SOZZO, 2018, p. 664-669).

Afirma, em sequência, que a tese da penalidade neoliberal presume uma homogeneidade ficcional. Isso não significa descartar qualquer correlação entre aumento punitivo e política econômica, mas incluir outras racionalidades governamentais com as quais se pode “hibridizar”. Defende então uma “abordagem mais robusta” das continuidades e descontinuidades penais, assimilando coordenadas espaciais e temporais sobre o porquê e como punir (SOZZO, 2018, p. 667).

Todos esses autores diagnosticam como a tese de Wacquant é inflexível ao conectar prisões e pobreza. Cai por terra a premissa de que a grande força do modelo neoliberal

17. O mesmo artigo pontua ainda diferenças relevantes entre as taxas de aprisionamento dos estados que compõem os EUA.

na instalação do *workfare*, suplantando o *welfare*, tem como componente fundamental uma específica *prisonfare*. Enfim, a tentativa de indicar que o sistema de regulação da distribuição de renda neoliberal corresponde necessariamente a uma escalada prisional é muito “dogmática”, muito rígida (O’MALLEY, 2015, p. 14).

Tudo indica, em suma, que a expressão mais famosa atual do economismo na análise da função das penas já encontra alguma contestação no campo acadêmico internacional, sendo aos poucos desnudado seu reducionismo como um alerta para novas investigações da área.

Um chamado para estudos mais complexos parece reconhecer a relevância de aspectos econômicos,¹⁸ mas exige a inclusão da análise de inúmeros outros elementos de maneira não hierarquizada, tais como: conjunturas históricas, formas de organização institucional, níveis de proteção dos direitos humanos, formas de interpretação do desvio, tipos de teorias da pena, modelos de lei penal, níveis de desigualdade social, tipos de segregação social,¹⁹ volume de práticas delitivas, níveis de coesão comunitária, sensação popular de insegurança, demanda popular por punição, pressão internacional, tecnologias de controle, cultura judiciária, modelos de sucesso individual, formas de subjetivação.

Como ensina Foucault, uma análise não positivista das relações de poder (governo) deve conectá-las com os saberes (verdade) e os modos de constituição do sujeito (subjetivação), tomando como método a referência recíproca entre os três eixos e a constante possibilidade de mudança deles.²⁰

18. “Em resumo: mais ou menos prisões no mundo (um mais ou menos, repito, mais apreciável simbólica do que materialmente), não parece ter muito a ver com a criminalidade, com a ampliação ou com a restrição do universo de excluídos do trabalho, com as variações nas representações sociais da periculosidade nas grandes periferias do mundo. Ou melhor, esse fato tem a ver também com tudo isso, mas no sentido de que, no presente momento histórico, o aumento da criminalidade, a difusão da insegurança social, as práticas de exclusão impostas ao mercado, os novos processos de mobilidade determinados pela globalização, a redução do Estado social, etc., são apenas os elementos através dos quais – in primis na ‘capital’ – constrói-se, impõe-se e, no final, difunde-se, universalmente, uma nova filosofia moral, um determinado ponto de vista sobre o bem e sobre o mal, sobre o lícito e sobre o ilícito, sobre o que merece inclusão ou exclusão” (PAVARINI, 2010, p. 312).
19. Aqui vale ressaltar algumas das inúmeras iniciativas de incluir outras pautas de segregação na esteira da penologia, como a questão de gênero (CAMPOS, 2017; MONTENEGRO, 2016; ANDRADE, 2012) e racial (DAVIS, 2003; PIRES, 2017; CARVALHO et al., 2017).
20. “E vocês estão vendo que, na medida em que se trata de analisar as relações entre modos de veridicção, técnicas de governamentalidade e formas de práticas de si, a apresentação de pesquisas assim como uma tentativa para reduzir o saber ao poder, para fazer do saber a máscara do poder, em estruturas onde o sujeito não tem lugar, não pode ser mais que pura e simples caricatura. Trata-se, ao contrário, da análise das relações complexas entre três elementos distintos, que não se reduzem uns aos outros, que não se absorvem uns aos outros, mas cujas relações são constitutivas umas das outras. Esses três elementos são: os saberes, estudados na especificidade da sua veridicção; as relações de poder, estudados não como uma emanção de um poder substancial

Caso se leve a sério essa proposta, parece lógico que chegamos a uma grande consequência da superação do economismo penalógico: sendo todas as causas relevantes, é possível construir inúmeras frentes contra o ímpeto punitivo. Estudos não positivistas permitem pensar várias novas resistências.

É instigante perceber como uma visão que vincula as penas às exclusões decorrentes do modelo econômico acaba levando a uma conclusão paralisante aos penalistas, qual seja, a ideia de que se não mudamos o regime econômico também nada se pode modificar nas práticas punitivas. Sendo uma causalidade rígida, a inexistência de alterações no quadro econômico inviabilizaria novidades no quadro penal.

De certa forma, a perspectiva implantada pelo economismo cega para potencialidades de oposição às práticas penais. A despeito de parecer progressista, ela é “traíçoeira”, na medida em que indica que qualquer conquista deve se dar primeiro na esfera econômica²¹ (PIVEN, 2010, p. 112).

É bem esse o motivo pelo qual Sebastian Scheerer pontua que os debates abolicionistas pareciam sempre ter que se defrontar com o argumento de que a mudança do sistema penal só pode ser pensada na Escandinávia. Se a base é puramente “materialista”, cria-se um fechamento propositivo (SCHEERER, 1989, p. 28).

Aguardar o desenvolvimento das “forças de produção” como pré-condição para modificar as formações sociais nos remete a uma imagem cristalizada das instituições. Uma nova visão mais ampla, por outro lado, permite encaminhar a descentralização dos poderes e buscar novos instrumentos (STEINERT, 2014, p. 25).

A abertura para novos diagnósticos multifatoriais da punição promove um campo de estratégias emancipatórias, compreendendo que há uma possibilidade de contraditar o punitivismo a partir de várias frentes que não apenas a econômica. A quebra de visões positivistas da funcionalidade das penas oferece novos caminhos para um imaginário até mesmo abolicionista (SCOTT, 2013, p. 93).

De certa forma, a própria proliferação recente de novas “criminologias”²² é consequência direta de pensadores que não estão atrelados ao economismo e que, exatamente por isso, permitem-se ressaltar inúmeros aspectos relevantes para compreender as punições e para desenvolver novas críticas.

e invasivo, mas nos procedimentos pelos quais a conduta dos homens é governada; e enfim os modos de constituição do sujeito através das práticas de si. É realizando esse tríptico deslocamento teórico – do tema do conhecimento para o tema da veridicção, do tema da dominação para o tema da governamentalidade, do tema do indivíduo para o tema das práticas de si – que se pode, assim me parece, estudar as relações entre verdade, poder e sujeito, sem nunca reduzi-las umas às outras” (FOUCAULT, 2011b, p. 10).

21. O autor acentua, inclusive, essa tentativa forçada de encontrar funcionalismos em todas as instituições estatais, como se sempre houvesse uma lógica a comandar os efeitos e fosse impossível admitir a grande irracionalidade da justiça penal (PIVEN, 2010, p. 115-116).
22. Exemplos: Criminologia cultural, criminologia verde, criminologia negra, criminologia do mercado, criminologia feminista, cibercriminologia, criminologia *queer* (CARLEN, 2017).

Destravar a interpretação da justiça penal do economismo pode propiciar um saber inclinado ao pós-penal (LEMOS, 2019). Sendo possível refletir a partir de todos os graves sintomas de danosidade e ineficácia das penas como tentativa de promoção da paz social, não havendo qualquer positivismo a reclamar uma obrigatoriedade funcional das penas, surge como factível até mesmo pensar em algum outro formato que possa substituir a justiça penal.

Se o poder penal, assim como qualquer outro poder, não tem uma origem ou fundamento imutável, não se ancora em nenhuma causa “natural” ou obrigatória, sobra evidente sua potencial fragilidade, pois ele só faz sentido diante dos jogos de verdade e modos de subjetivação que o sustentam. Não havendo nenhum “direito universal” que remeta a formas insuperáveis de poder, cabe mais uma vez a lição de Foucault: devemos “tentar fazer intervir sistematicamente, não a suspensão de todas as certezas, portanto, mas a não-necessidade de todo poder” (FOUCAULT, 2014, p. 72).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, não há como divorciar o estudo das mecânicas punitivas contemporâneas sem se atentar para os modelos econômicos e seus efeitos sociais. A miséria e toda sua carga valorativa promovem, sem dúvidas, reflexos de larga escala e devem ser consideradas como elementos essenciais para interpretar as mudanças ocorridas no seio das penas.

Todavia, como demonstrado, uma penalogia do século XXI não pode se reduzir a nenhuma forma de positivismo. O economismo penalógico, de longa tradição nos debates sobre justiça penal, é uma presença marcante ainda hoje e precisa ser discutido.

Foi demonstrado que o economismo é a própria base de sustentação da tese mais difundida sobre o aumento do uso das prisões no final do século XX. Sendo a premissa de Wacquant que o complexo prisional tem como função precípua o controle do aumento da pobreza, fabricado pela precarização do trabalho e pelo quase abandono das políticas assistenciais, manteve sua análise funcional refém do campo econômico acima de qualquer outra coisa.

Desvendada sua falha epistemológica com base nas críticas de Foucault, foi possível averiguar que leituras como a de Wacquant não se sustentam diante da necessidade de análises complexas, multifatoriais, e que estão conscientes da necessidade de conectar as relações de poder com as racionalidades inerentes.

Não se trata, ao fim, de minimizar o fator econômico como elemento de compreensão do que se passa nas punições estatais. Espera-se que tenha ficado suficientemente claro que uma visão contrapositivista não rechaça qualquer fator de análise na conjuntura penal, todavia, pleiteia eliminar vinculações rígidas e hierarquizadas de causalidade.

Sendo dispensada a pretensão de encontrar uma penalogia fixa em uma regra geral, um funcionalismo de causa última restrita, foi notório concluir a necessidade de uma

compreensão plural do exercício das punições no século XXI, aberta a considerar vários fatores relevantes para os fluxos punitivos, sem se manter limitada a uma causa final exclusiva, surgindo disso uma abertura para pensar múltiplas resistências à expansão da rede penal.

No limite, a plena desvinculação dos discursos positivistas na criminologia e na penologia fornece um campo amplo de investigação, de forma que se torna verdadeiramente viável refletir sobre alternativas à prisão e ao modelo de justiça criminal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle pela para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CARLEN, Pat. Criminologias alternativas. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia Feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COHEN, Stanley. *Against criminology*. New Jersey: Transaction Books, 1988.
- COHEN, Stanley. *Visions of social control: Crime, Punishment and Classification*. Malden: Polity Press, 1985.
- DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 151, p. 291-315, jan. 2019.
- DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.
- DE GIORGI, Alessandro. Punishment, Marxism, and Political Economy. In: *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2005.

- FONTANA, Alessandro; BERTANI, Mauro. Situação do curso. In: *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (Org.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Trad. Elisa Monteiro e Inês Auran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. v. V. (Coleção Ditos e Escritos).
- FOUCAULT, Michel. *Estratégia, saber-poder*. Trad. Vera Lucia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. v. IV (Coleção Ditos e Escritos).
- FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010a.
- FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010b.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010c.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 21. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade: curso no Collège de France (1983-1984)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011b.
- FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos: curso no Collège de France (1979-1980)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Malfazer, dizer verdadeiro: função da confissão em juízo. Curso em Louvain, 1981*. Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- FOUCAULT, Michel. *Penal theories and institutions: Lectures at the Collège de France 1971-1972*. Switzerland: Palgrave Macmillan, 2019.
- HARCOURT, Bernard E. Neoliberal penalty. A brief genealogy. *Theoretical Criminology*, [S.l.], v. 14, p. 74-92, 2010.

- HARCOURT, Bernard E. *The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order*. Boston: Harvard University Press, 2011.
- HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- HARCOURT, Bernard E. *Critique & Praxis*. New York: Columbia University, 2018.
- GARLAND, David. *Punishment and modern society: A study in social theory*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- GARLAND, David. Theoretical advances and problems in the sociology of punishment. *Punishment & Society*, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 8-33, 2018.
- LACEY, Nicola. *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LACEY, Nicola. Punishment, (neo)liberalism and social democracy. In: Simon, J.; Sparks, R. (Ed.). *The Sage Handbook on Punishment and Society*. New York: Sage, 2013.
- LEMOES, Clécio. *Foucault e a Justiça pós-penal: críticas e propostas abolicionistas*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- LEMOES, Clécio. Terceiro Foucault e o humanismo punitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 164, ano 28, p. 199-229, fev. 2020a.
- LEMOES, Clécio. *Criminologia Foucaultiana*. Belo Horizonte: Letramento, 2020b.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MATTHEWS, Roger. *Realist criminology*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.
- MCCLOSKEY, Deirdre. *Os pecados secretos da economia*. São Paulo: Ubu Editora, 2018.
- MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- O'MALLEY, Pat. Repensando la penalidad neo-liberal. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, [S.l.], v. 40, p. 11-30, 2015.
- PASUKANIS, Eugeny B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- PAVARINI, Massimo. O encarceramento de massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- PFAFF, John. Locked. In: *The True Causes of Mass Incarceration: and How to Achieve Real Reform*. New York: Basic Books, 2017.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 135, p. 541-562, set. 2017.
- PIVEN, Frances Fox. A response to Wacquant. *Theoretical Criminology*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 111-116, 2010.

- ROSE, Nikolas; O'MALLEY, Pat; VALVERDE, Mariana. Governamentality. *Annual Review of Law and Social Science*, [S.l.], v. 2, p. 83-104, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- RUSCHE, Georg. Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice. *Social Justice*, [S.l.], v. 40, p. 1-2, 2014.
- SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN (Org.). *Abolicionismo Penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.
- SCOTT, David. Visualising an Abolitionist Real Utopia: Principles, Policy and Praxis. In: Malloch et al. (Ed.), *Crime, Critique and Utopia*. Londres: Palgrave Macmillan, 2013.
- SOUZA, Aknaton Toczec; CAMARGO, Giovane Matheus; ROSA, Pablo Ornelas. *Considerações sobre a Escola Austriaca de economia*. Vitória: Editora Milfontes, 2020. v. 2. (Coleção Fronteiras da Teoria).
- SOZZO, Máximo. Beyond the 'Neo-liberal Penalty Thesis'? Punitive Turn and Political Change in South America. In: CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SCOTT, John; SOZZO, Máximo (Ed.). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Palgrave Macmillan: Switzerland, 2018.
- STEINERT, Heinz. Marxian Theory and Abolitionism: Introduction to a Discussion. In: *Beyond criminal justice*. Weston: The European Group for the Study of Deviance and Social Control, 2014.
- VALVERDE, Mariana. *Michel Foucault*. New York: Routledge, 2017.
- VORUZ, Veronique. Politics in Foucault's later work: a philosophy of truth; or reformism in question. *Theoretical Criminology*, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 1-19, 2010.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007a.
- WACQUANT, Loïc. Rumo à militarização da marginalização urbana. *Discursos sediciosos: crime direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano I, n. 15/16, p. 203-220, 2007b.
- WACQUANT, Loïc. Apêndice teórico: um esboço do Estado neoliberal. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, 1º e 2º sem., ano 15, n. 17/18, p. 137-162, 2010.
- WACQUANT, Loïc. The global firestorm of law and order: On punishment and neoliberalism. *Thesis Eleven*, [S.l.], v. 122, n. 1, p. 72-88, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A perspectiva abolicionista, de Sebastian Scheerer – *RBCCrim* 160/407-430 (DTR\2019\40707);
 - Abolicionismo e terceira velocidade do direito penal: conclusões possíveis, de Vinicius de Toledo Piza Peluso – *Ciências Penais* 13/350-366 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 1/ (DTR\2010\623);
- Da crítica à solução: a criminologia e as Community Boards como alternativas ao sistema penal, de Bruno Seligman de Menezes, Mateus Rech Graciano dos Santos e Vanessa Cerezer de Medeiros – *RBCCrim* 132/219-246 (DTR\2017\1430); e
- Justiça pós-penal: hora de propor, de Clécio Lemos – *RBCCrim* 169/139-162 (DTR\2020\7968).

DESIGUALDADE E ENCARCERAMENTO NO BRASIL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

INEQUALITY AND INCARCERATION IN BRAZIL AT THE BEGINNING OF THE 21ST CENTURY

RAFAEL FOLADOR STRANO

Doutorando em Direito Penal e Criminologia pela FDUSP. Defensor Público do Estado de São Paulo.
Currículo Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0212842148558226>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2579-4738>].
rafaelstrano@gmail.com

Recebido em: 30.04.2020

Aprovado em: 30.11.2020

Última versão do autor: 04.12.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo aborda a relação entre desigualdade e o encarceramento no Brasil no início do século XXI. Considerando que as taxas de aprisionamento no país sofreram súbita elevação a partir dos anos 2000, o artigo pretende analisar a relação entre aquelas e a desigualdade verificada no período, bem como se há suporte fático para aplicação da teoria elaborada por Loïc Wacquant em relação ao encarceramento nos EUA. Por fim, o artigo traça algumas relações entre as dimensões do bem-estar e o encarceramento.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas – Desigualdade – Encarceramento – Política criminal.

ABSTRACT: The aim of this article is to establish a connection between inequality and imprisonment in Brazil at the beginning of the 21st century. Considering that the rates of imprisonment in the country have risen rapidly since the 2000s, the article intends to analyze the relation between them and the inequality verified during the period, as well as if there is factual support for the application of the theory elaborated by Loïc Wacquant concerning to the imprisonment in the USA. Finally, the article draws some parallels between the dimensions of welfare and incarceration.

KEYWORDS: Public policies – Inequality – Imprisonment – Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Encarceramento no Brasil. 3. Loïc Wacquant e o neoliberalismo. 4. Desigualdade no Brasil. 5. Política criminal, regras do jogo e federalismo. 6. Dimensões do bem-estar, segurança pública e encarceramento. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Estudos sobre política criminal geralmente apontam a redução da desigualdade social como modelo frutífero para a diminuição das taxas de criminalidade.¹ São estratégias de política cultural, econômica e social que pretendem atingir a raiz do problema criminal, neutralizando-o antes que ocorra, por meio da “educação e socialização, casa, trabalho, bem-estar social e qualidade de vida”.² Em outras palavras, “uma boa política de emprego, com capacitação profissional e educacional, associada às políticas sociais de diminuição das diferenças sociais e regionais, é forma de diminuição da criminalidade”.³ De acordo com Garland, são políticas que se coadunam com o Estado de bem-estar social (*welfarist approach to crime control*).⁴

Propostas de tal natureza fundam-se na premissa etiológica de que há um mecanismo causal entre a desigualdade social e a criminalidade. Esse paradigma suscitou e ainda suscita inúmeras análises no âmbito das ciências sociais, bem como programas de controle social que transcendem o modelo punitivo de resposta ao delito. Contudo, a questão da desigualdade não é suficiente⁵ para explicar a ocorrência de crimes, afinal, a maior parte da população, mesmo que em níveis sociais paupérrimos, permanece obediente às regras

1. Criminalidade entendida aqui como “criminalidade de rua”, em oposição à criminalidade de colarinho branco.
2. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 357.
3. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Pena e política criminal: a experiência brasileira. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 325.
4. GARLAND, David. Punishment and welfare: social problems and social structures. In: LIEBLING, Alison; MARUNA, Shadd; MCARA, Lesley. *The Oxford Handbook of Criminology*. 6. ed. Nova York: Oxford University Press. p. 81.
5. A questão é complexa e comporta inúmeras variáveis. Conforme pontua Fanizzi, no período de pós-guerra, embora o padrão de vida tenha aumentado, a delinquência patrimonial também cresceu. Por circunstâncias como essas, há autores como Young que defendem que é o *deficit* relativo, isto é, “os padrões materiais relativos dos indivíduos comparados uns com os outros, um sentido de desigualdade, de recompensa injusta em relação ao mérito” que gera a criminalidade (FANIZZI, Catherine. *Compartilhando São Paulo: violência e desigualdade conduzindo a cidade*. In: SÁ, Alvino de Augusto; ALMEIDA, Júlia de Moraes; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.) *Novas Perspectivas da Criminologia*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 87-116. p. 111). Nesse sentido, Feltran acrescenta um fator interessante à relação entre o crescimento econômico e a criminalidade. Para o sociólogo, o crescimento da economia e do mercado de consumo vivenciado na última década contribuiu não apenas para o aumento das atividades legais, mas também das ilegais: “Com mais dinheiro no bolso, as pessoas compram mais casas, carros e celulares, mas também mais drogas e armas, já que estas também estão disponíveis. Ademais, onde há mais dinheiro circulante – como nas metrópoles e nas fronteiras de expansão do agro-negócio –, há mais criminalidade violenta” (FELTRAN, Gabriel de Santis. *Segurança pública no Brasil contemporâneo: paradigma equivocado*. Disponível em: [www.oxfam.org.br/publicacoes/

dominantes.⁶ Além disso, uma suposta “associação mecânica entre pobreza, crime e violência”⁷ pode dar ensejo a premissas falaciosas no sentido de que a pobreza é determinante para o cometimento criminal, o que já restou criminologicamente refutado desde os estudos de Sutherland.⁸ Sobre o tema, Fajnzylber e Araújo Jr destacam que:

“Em relação à relação entre desigualdade e crime, por exemplo, poder-se-ia argumentar que não é a desigualdade de renda per se a que afeta o crime mas sim outras características a ela associadas, como a capacidade de proteção privada ou a desigualdade na distribuição dos esforços de segurança pública, ou ainda a desigualdade na distribuição da educação ou mais geralmente da riqueza. Poder-se-ia pensar também que os efeitos sobre o crime decorrem de aspectos específicos da distribuição de renda, como a pobreza relativa de determinados segmentos econômicos ou a importância da classe média (o grau de polarização). Ou ainda, como sugerido pelos resultados na seção anterior, é possível que o relevante não seja o nível ou a estrutura da desigualdade mas sim o padrão de mobilidade social existente – tanto no sentido ascendente quanto descendente.”⁹

Para além dessa vertente etiológica, a partir da década de 1970 e provavelmente influenciada pela abordagem da rotulação (*labeling approach*), surge outra linha de análise, a qual não mais pretende abordar o suposto mecanismo causal entre desigualdade e criminalidade, mas a relação entre a desigualdade e a reação punitiva.¹⁰ O foco de estudo deixa de ser a conduta do indivíduo considerado criminoso e se volta para os mecanismos de criminalização. Nesse sentido, a pergunta relacionada ao tema deixa de ser: “a desigualdade impulsiona a prática delitiva?” e passa a ser “como o sistema punitivo opera diante da desigualdade?”.

O presente artigo pretende, sob essa perspectiva teórica, analisar a relação entre a desigualdade e o encarceramento no Brasil no início do século XXI, com ênfase na possível

cada-vez-mais-desigual/seguran%C3%A7a-publica-no-brasil-contemporaneo-paradigma-equivocado]. Acesso em: 14.07.2019).

6. CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, jun. 2008. p. 107.
7. ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 8, ano 4, 2002. p. 109.
8. Em 1949, Sutherland já refutava a ideia de que patologias sociais (pobreza, moradia, escolaridade, laços familiares) e pessoais (anomalias biológicas, inferioridade intelectual, instabilidade emocional) poderiam oferecer uma explicação adequada do comportamento criminoso (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco* (versão sem cortes). Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 30).
9. ARAÚJO JUNIOR, Ary; FAJNZYLBBER, Pablo. *Violência e criminalidade*. Belo Horizonte: Cedeplar, 2011. p. 38.
10. ADORNO, Sérgio. Op. cit., p. 109.

relação entre a majoração abrupta dos índices de aprisionamento e o comportamento da desigualdade no país. Além disso, almeja-se abordar questões correlatas, e.g., em que medida o encarceramento pode agravar a desigualdade?

Ao longo da história, a criminologia bebeu na fonte das modificações paradigmáticas operadas no campo das ciências sociais, utilizando o conhecimento construído nesse âmbito ora para explicar as causas do crime, ora para entender o impacto da reação social sobre as condutas consideradas desviantes. Contudo, ainda subsiste uma divisão disciplinar entre a literatura de políticas sociais, a qual geralmente omite considerações sobre política criminal, e a literatura criminológica, que negligencia outras áreas de políticas sociais.¹¹

Na tentativa de superar essa lacuna, para realizar a análise ora proposta, parte-se de uma perspectiva criminológica, conjugando-a com o instrumental teórico da ciência política,¹² especialmente aquele relacionado à análise das políticas públicas.¹³

2. ENCARCERAMENTO NO BRASIL

A partir de 2000, as taxas de encarceramento no Brasil sofreram uma guinada ascendente, apresentando incremento médio de 8% ao ano.¹⁴ Ainda em 2016, o Infopen indicava que, “em relação ao número de vagas, observamos um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível”.¹⁵

Caso comparada a taxa de encarceramento de 2001 com a de 2016, verifica-se que houve um crescimento de 127%, o que autoriza a conclusão de que se trata de um

11. GARLAND, David. Op. cit., p. 78-79.

12. Assim como na criminologia, a interdisciplinaridade é característica inerente ao estudo das políticas públicas, o que pode ser depreendido desde os textos iniciais da disciplina (LASSWELL, Harold D. *The Policy Orientation*. In: LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold D. (Org.). *The Policy Sciences*. Stanford: Stanford University Press, 1951).

13. Michael Tonry, criminólogo e editor do manual sobre crime e política pública da Universidade de Oxford, destaca que o conhecimento, as análises, a qualidade dos dados governamentais e o tamanho da comunidade acadêmica referentes à política de controle da criminalidade são primitivos e escassos quando comparadas com outros assuntos de política pública, e.g., economia, saúde pública, educação etc. (TONRY, Michael. *Crime and Public Policy*. In: TONRY, Michael (Ed.) *The Oxford Handbook of Crime and Public Policy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 5).

14. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, mar. 2015. p. 113.

15. SANTOS, Thandara (Org.) *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 10.07.2017.

encarceramento em massa, termo criminológico para designar mudança na escala de encarceramento a partir da década de 1970 nos Estados Unidos. Tal expressão conjuga três fatores que perfazem o encarceramento: a escala, a aplicação de prisão em situações em que poderiam ser aplicadas penas menos severas e a utilização da prisão como gerenciamento de pessoas marginalizadas.¹⁶

Conforme salienta Sozzo, se no início da década de 1990 a taxa de encarceramento em todos os países latino-americanos era baixa e assemelhada aos países escandinavos, houve uma transformação radical em pouco mais de duas décadas. Atualmente, com exceção da Bolívia, todos os países do cone sul possuem taxas de encarceramento superiores a 150 presos a cada cem mil habitantes, sendo essa realidade muito distante daquela de outrora.¹⁷

Souza ressalta que, em um período de 20 anos, o Brasil apresentou um incremento de 450% na população prisional, com uma aceleração na curva de crescimento a partir de 2002. Quando comparadas as taxas de crescimento de população carcerária de outros países, o Brasil supera índices de crescimento de potências encarceradoras como Estados Unidos, China e Rússia, sem que isso represente qualquer decréscimo significativo nas taxas de crimes violentos.¹⁸

3. LOÏC WACQUANT E O NEOLIBERALISMO

Parte da literatura sociológica produzida na América Latina atribui o fenômeno acima relatado à ascensão do neoliberalismo a partir da década de 1970, apropriando-se, sobretudo, da contribuição teórica do sociólogo Loïc Wacquant em relação ao encarceramento nos Estados Unidos (penalidade neoliberal).¹⁹

A partir da década de 1930, por influência do *New Deal*, inaugura-se nos Estados Unidos (EUA) uma fase de políticas intervencionistas que transformaram a forma pela qual o Estado se relaciona com o indivíduo. O *welfare state* repercutiu na esfera penal, especialmente com o que a criminologia denominou “previdenciário penal”, paradigma que entende o crime como resultado da interação social e não apenas do comportamento

16. SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 293, p. 8-10, abr. 2017.

17. SOZZO, Máximo (Org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p. 9-10.

18. SOUZA, Robson Sávio Reis. *Quem comanda a segurança pública no Brasil?* Belo Horizonte: Letramento, 2015. p. 78.

19. SOZZO, Máximo. Op. cit., p. 12.

individual. Era, pois, a lógica punitiva operada sob a lógica do Estado de bem-estar e que buscava políticas públicas mais complexas que a mera utilização da pena.²⁰

Esse modelo persistiu durante aproximadamente quatro décadas e, de acordo com Wacquant,²¹ a partir da década de 1970, os Estados Unidos passaram a substituir gradativamente o Estado-providência por um Estado penal e policial. O sociólogo de Berkeley inicia sua teoria afirmando que nunca houve propriamente um Estado-providência nos EUA, mas um Estado caritativo, em razão da fragmentação dos programas voltados à população vulnerável, bem como pelo tom moralista com que a pobreza é enxergada como fruto de carências individuais atribuídas aos pobres. O que move tal tipo de Estado é a compaixão e não a solidariedade.

A propósito, Esping-Andersen classifica o *welfare state* dos EUA como liberal, com predomínio de assistência àqueles comprovadamente pobres, atingindo essencialmente uma camada de baixa renda. Para que a população consiga benefícios, deve-se submeter a regras estritas e associadas a estigmas, recebendo, em contrapartida, benefícios modestos.²²

Partindo dessa característica do *welfare state* dos EUA, Wacquant afirma que o país abandonou as políticas de “benefícios”, especialmente sob o signo da fiscalização dos gastos públicos relacionados à saúde, educação e moradia, enquanto passou a fomentar sua vocação disciplinar em relação às classes pobres. Dessa ideia surge a famosa metáfora do Estado-centauro, aquele que é liberal em relação à desigualdade social e respectivas causas, mas extremamente paternalista e punitivo no que diz respeito às consequências daquela.²³

O Estado neoliberal passa a imputar às famílias a tarefa de controle social, razão pela qual eventual falha nesse aspecto será considerada de natureza individual e não mais coletiva. Abramovai destaca que a obra que marca essa virada sobre a responsabilidade individual em relação à criminalidade é *Thinking About Crime*, de James Q. Wilson, o qual, inclusive, foi assessor de Ronald Reagan. De acordo com Wilson, o crime seria resultado de uma análise racional de risco ou recompensa oferecido, de modo que penas mais altas e um aparato policial mais contundente constituiriam a resposta político-criminal ideal. A obra que coroa a virada punitiva é *Broken Windows*, de Wilson e Kelling, de acordo com a qual, em prol da manutenção da ordem nas comunidades, seriam admitidas medidas

20. ABRAMOVAL, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAL, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 17-19.

21. Este tópico baseia-se no Cap. 2 da obra Punir os Pobres: WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 85-135.

22. ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. *Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991.

23. WACQUANT, Loïc. Op. cit., p. 88.

repressivas contra delitos menores, ainda que isso atinja significativamente as populações mais excluídas.²⁴

Dentro dessa perspectiva, o desmonte do Estado de bem-estar nos EUA estaria diretamente atrelado ao incremento punitivo, essencialmente encarcerador, da população pobre daquele país. Essa seria a explicação para os índices de encarceramento verificados nos EUA a partir dos anos 1980:

“Assim, a ‘mão invisível’ do mercado do trabalho desqualificado encontra seu prolongamento ideológico e seu complemento institucional no ‘punho de ferro’ do Estado penal, que se amplia e se desdobra de modo a jugular as desordens geradas pela difusão da insegurança social e pela desestabilização correlata das hierarquias estatutárias que configuravam a armadura tradicional da sociedade nacional.”²⁵

A tese, contudo, não é unanimidade no meio acadêmico. Garland, por exemplo, aponta para o fato de que apesar da diminuição de muitos programas, especialmente em relação à população pobre, muitas instituições do *welfare state* permaneceram firmes. Além disso, aponta que Wacquant visualiza o sistema punitivo e as políticas sociais como aspectos conjugados de uma estratégia governamental única, mas não comprova tais apontamentos com evidências empíricas.²⁶

Em relação ao objeto desse trabalho, as análises sobre desigualdade social na América Latina não apontam uma exata correspondência entre a implementação de Estados neoliberais e o aumento do encarceramento. Em verdade, apesar de diferentes níveis de radicalidade ou das eventuais alianças políticas entre partidos de esquerda com grupos conservadores, os governos da América Latina do início do século XXI, época que corresponde exatamente à elevação nas taxas de encarceramento, não se identificam propriamente com projetos neoliberais.²⁷

Não haveria, nesse sentido, um exato acoplamento da teoria de Wacquant sobre a realidade “pós-neoliberal” dos países marginais.²⁸ Especificamente no caso brasileiro, conforme será explorado, as taxas de desigualdade decaíram enquanto ascendia o maior índice de encarceramento já verificado no país.

24. ABRAMOVAL, Pedro Vieira. Op. cit., p. 22-23.

25. WACQUANT, Loïc. Op. cit., p. 32.

26. GARLAND, David. Op. cit., p. 85-88.

27. SOZZO, Máximo. Op. cit., p. 12-16.

28. SOZZO, Máximo. Op. cit., p. 15-16.

4. DESIGUALDADE NO BRASIL

A depender da métrica adotada, o resultado dos estudos sobre desigualdade pode variar. No Brasil, por exemplo, há estudos que entendem ter ocorrido redução da desigualdade durante o período democrático, enquanto outros apontam em sentido contrário. Partindo, assim, da premissa de que “há muitas maneiras de observar a desigualdade”,²⁹ qualquer estudo sobre o tema deve definir, em primeiro lugar, o tipo de desigualdade que será tratada.

Assim, para a proposta deste trabalho, para além da faceta monetária da desigualdade, importa, sobretudo, considerar a desigualdade não monetária, vale dizer, aquela atinente ao “acesso a serviços, condições de vida e capacidades”,³⁰ já que esses fatores aparentemente se relacionam com o conceito de prevenção primária à criminalidade, o qual foi exposto na introdução do trabalho. Contudo, não há como olvidar que a métrica sobre tais dados é difícil, havendo inclusive divergência doutrinária sobre quais fatores devem ser incluídos nesse tipo de análise:

“A listagem, contudo, dos fatores a serem considerados na dimensão não monetária da desigualdade é objeto de grande controvérsia (Decancq, Fleurbaey e Schokkaert, 2015). Em trabalho bastante influente, Stiglitz, Sen e Fitoussi (2009) listaram as seguintes dimensões: consumo material, qualidade habitacional, saúde, mercado de trabalho, lazer, qualidade das interações sociais, qualidade ambiental, direitos políticos, e liberdade de expressão. Os próprios autores reconhecem, porém, as dificuldades de mensuração.”³¹

De acordo com Arretche, em relação à dimensão monetária, houve queda da desigualdade a partir do início dos anos 1990. Tal queda pode ser atribuída a diversos fatores, como o pagamento de pensões não contributivas vinculadas ao salário mínimo e o comportamento do mercado de trabalho, valor real do salário mínimo, e, ao contrário do que se imagina, não se deve exclusivamente às políticas redistributivas de transferência condicionada (bolsa-gás, bolsa-saúde, bolsa-família etc.). Essas, embora tenham multiplicado os ganhos da parcela mais pobre da população, tiveram impacto pouco significativo na distribuição de renda. Além disso, é interessante notar que a queda dessa desigualdade não atingiu o 1% mais rico da população brasileira, o que denota que a concentração de renda é compatível com queda de desigualdade.³² Essa constatação, aliás,

29. ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos outsiders. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 33, n. 96, 2018. p. 2.

30. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 4.

31. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 4.

32. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 6-10.

pode ter repercussão criminológica, pois externa o *deficit* relativo de desigualdade entre os indivíduos.³³

Conforme salientam Azevedo e Cifali, o Índice de Desigualdade (Gini) do Brasil permaneceu estável no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso, caindo um pouco a partir do segundo. No Governo Lula houve uma queda considerável, mantendo-se durante o governo Dilma.³⁴

No que tange à dimensão não monetária, Arretche esclarece que a educação sempre foi um problema no país, o que passa a ser modificado a partir da década de 1990. Contudo, verifica-se uma superposição entre renda e trajetória educacional, eis que as chances de uma pessoa concluir a escolaridade estão ligadas à sua renda:

“Portanto, se é verdade que a importância da renda familiar para a desigualdade de acesso ao ensino médio e superior era um fato em 2010, também é verdade que, quando comparada a 1980, a desigualdade de acesso à educação havia diminuído, ainda que estivesse restrita ao ensino fundamental.”³⁵

Em relação ao acesso à saúde, a universalização do serviço pela Constituição Federal de 1988 contribuiu significativamente para incluir indivíduos que, outrora, não possuíam acesso a tais serviços, uma vez que apenas trabalhadores do mercado formal ou contribuintes autônomos faziam jus. A partir da implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), é possível verificar a relação entre renda e acesso à saúde, especialmente pelo fato de que, quanto mais baixa a renda, maior a utilização do SUS.³⁶

Em síntese, a partir da Constituição Federal de 1988 (sobretudo em decorrência das regras da arena parlamentar da respectiva Constituinte) iniciou-se no Brasil um movimento de inclusão de *outsiders*, com a consequente diminuição da desigualdade tanto em sua faceta monetária como em relação à dimensão não monetária.³⁷

“diminuiu a desigualdade econômica no Brasil de 1976 a 2015? As evidências mobilizadas nesta seção indicam que sim, quer observemos a dimensão monetária, quer a dimensão não monetária e, em especial, a associação entre ambas.”³⁸

33. FANIZZI, Catherine. Op. cit., p. 110-110.

34. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 112.

35. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 11.

36. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 12.

37. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 15.

38. ARRETCHE, Marta. Op. cit., p. 6.

Retornando à relação proposta no presente trabalho, chama a atenção o fato de que, durante o mesmo período, a taxa de encarceramento subiu, a despeito da implementação de políticas sociais e do foco em políticas criminais preventivas:

“Em que pese a implementação de políticas distributivas, a elevação dos índices de desenvolvimento humano em todo o país e a redução das desigualdades sociais, bem como a reorientação, ao menos no plano do discurso oficial do Governo Federal, das políticas de segurança para o foco da prevenção ao delito, chama a atenção o fato de que a população carcerária brasileira cresce de forma ininterrupta durante todo o período analisado.”³⁹

A inclusão de *outsiders* anteriormente exposta, portanto, aparentemente caminha no sentido oposto daquilo que Wacquant descreveu nos EUA como uma “atrofia deliberada do Estado social [que] corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um tem como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”.⁴⁰

Em outras palavras, no Brasil do início do século XXI, não se verificou exatamente a substituição de um Estado que tentou incluir a população marginalizada por outro que administraria a desigualdade somente pela via punitiva. Por outro lado, não houve na história brasileira período mais encarcerador que o das décadas que sucederam a Constituição de 1988. Resta, assim, perquirir as causas da resposta político-criminal brasileira para além da teoria formulada por Wacquant.

5. POLÍTICA CRIMINAL, REGRAS DO JOGO E FEDERALISMO

Sozzo observa que a literatura criminológica recente tem enfatizado a dependência das transformações na política penal em relação às mudanças na estrutura social, o que, inclusive, ocorreria em nível global. Tais obras, contudo, não explicam como o câmbio social de fato opera no âmbito punitivo, razão pela qual o criminólogo argentino atribui à política o “papel medular na estruturação desse ‘como’”. Trata-se do espaço da tradução, por excelência, do que ocorre nas relações sociais, econômicas e culturais no terreno da penalidade”.⁴¹

Desde *Punição e Estrutura Social* (1939), de Rusche e Kirchheimer, a criminologia crítica aponta a relação entre o surgimento do capitalismo e o modelo punitivo destinado às classes mais baixas: “mesmo quando o procedimento criminal como tal era o mesmo

39. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 113.

40. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 88.

41. SOZZO, Máximo. Op. cit., p. 19.

para todos os estados e classes, rapidamente apareciam procedimentos especiais que iriam afetar apenas as classes subalternas”.⁴²

A partir da década de 1970, a criminologia de matiz crítica se desenvolveu e acentuou o tom sobre a seletividade do sistema punitivo:

“As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da população criminosa aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.”⁴³

Analisando o caso brasileiro, pressupunha-se que governos identificados com a população vulnerável, especialmente a partir de 2002, levariam em consideração tais fatores quando da eleição de seus objetivos político-criminais. Em outras palavras, por quais motivos um governo identificado com uma pauta progressista, ao mesmo tempo em que se atentou para a redução da desigualdade, acabou por verificar a maior taxa de encarceramento da história do país?

Em primeiro lugar, tal premissa não é absoluta, uma vez que, ao menos no caso brasileiro, a depender do tema, há identificação entre a pauta punitivista e os governos progressistas.⁴⁴ Além disso, assumindo a premissa anterior, isto é, de que governos identificados como progressistas tenderiam a se atentar para o problema do encarceramento massivo, algum resultado contrário aos desígnios governamentais poderia eventualmente ser explicado por óbices relacionados às “regras do jogo”,⁴⁵ os quais impediriam

42. RUCSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2 ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 36.

43. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 165.

44. Sobre a oscilação da esquerda brasileira entre o antiproibicionismo e o punitivismo em matéria de drogas, cf. DELMANTO, Júlio. *Camaradas Caretas: Drogas e esquerda no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2015.

45. De acordo com Immergut, o que realmente define as políticas públicas são as regras do jogo impostas pelas instituições, no que a autora chama de “dinâmica institucional do processo de tomada de decisão política”. Para que uma decisão política seja tomada, é necessário que seja aprovada em diversos pontos de decisão (*decision point*) e o modo pelo qual tais votos são divididos corresponde à essência do sistema político (sistema bicameral, processos de veto etc.). Além disso, a maneira pela qual o veto é exercido pode empurrar a decisão para a arena executiva, legislativa ou eleitoral. Para a autora, “as instituições é que determinaram o ponto em que se encontraria o equilíbrio entre as demandas dos vários grupos de interesse e os objetivos programáticos do Executivo”. As oportunidades de veto decorrentes do modo pelo qual as instituições se organizam

a consecução de políticas abolicionistas ou redutoras do sistema punitivo por parte de tais governos, *e.g.*, propostas vetadas na arena parlamentar, impugnações judiciais etc.

Além dessa conjuntura, é certo que o encarceramento massivo verificado no Brasil no início do século XXI não pode ser atribuído exclusivamente ao governo federal desse período, havendo outros fatores que merecem atenção.

Primeiramente, é importante ressaltar que o aparente paradoxo não ocorreu somente no Brasil, mas em toda a América Latina. Nesse sentido, citando Iturralde, Sozzo observa:

“Mesmo que os governos de esquerda da região tenham tentado se afastar dos discursos e políticas penais de seus antecessores da direita, as suas políticas e enfoques efetivamente adotados são muito similares àqueles de seus opositores políticos. Isso pode resultar, em parte, em uma ausência de ideias originais e confiáveis que possam surgir nesses governos, mas também o temor de debilitar sua posição política caso pareçam demasiado brandos com relação ao delito, e pelo temor de confrontar as forças de segurança estatais, que são muito poderosas e das quais muitos membros permanecem muito apegados a métodos e ideias provenientes dos regimes autoritários.”⁴⁶

Azevedo e Cifali destacam que, a partir da segunda metade da década de 1990, o governo federal passou a intervir de maneira mais contundente na segurança dos estados, o que ficou evidenciado pela criação da Secretaria de Segurança Pública e pelo Fundo Nacional de Segurança Pública. Nesse período, a alternância entre os governos PSDB e PT freou políticas vetorizadas pelo populismo punitivo,⁴⁷ bem como propiciou condições para as já mencionadas políticas de redução da desigualdade.⁴⁸

A eleição de Lula em 2002 trouxe para a esfera de segurança pública propostas voltadas ao controle de armas e combate a organizações criminais. Pretendia-se, ainda, qualificar as polícias, integrar bases de dados e coordenar esforços para coibir o tráfico de drogas e armas. Era, pois, um paradigma calcado no conhecimento sobre a realidade do crime, foco nas ações preventivas, bem como no planejamento estratégico e na reforma

permitem a maior ou menor influência dos grupos de interesse (IMMERGUT, Ellen M. As Regras do Jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 30, n. 11, p. 139-63, 1995).

46. SOZZO, Máximo. Op. cit., p. 16.

47. “A polarização da disputa política nacional entre PT e PSDB permitiu dar conteúdo à clivagem esquerda e direita, mas também contribuiu para limitar os arroubos do populismo punitivo de grupos mais radicais, uma vez que ambos os partidos, durante seus governos, mantiveram à frente do Ministério da Justiça figuras importantes da luta pelos direitos humanos e contra a violência e o arbítrio estatal (Miguel Reale Jr., Nelson Jobim, José Carlos Dias e José Gregori nos governos de Fernando Henrique Cardoso; Márcio Tomaz Bastos e Tarso Genro nos governos de Lula)” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 111).

48. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 109-113.

das instituições policiais. Contudo, a reforma estrutural das polícias logo foi abandonada, muito embora a questão da gestão de dados tenha sido implementada.⁴⁹

Já no segundo mandato de Lula, a questão foi aprofundada, inclusive com o lançamento do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), que partia do reconhecimento dos múltiplos fatores que compõem a equação da criminalidade, motivo pelo qual foram enfatizadas:

“questões das raízes socioculturais e dos agenciamentos subjacentes às dinâmicas das violências e da criminalidade, entendendo estarem imbricados à segurança outros problemas e fatores sociais, culturais, ambientais, tais como: educação, saúde, cultura e serviços de infraestrutura.”⁵⁰

Ao longo do mandato de Dilma, também foram aprovadas medidas importantes, e.g., integração entre polícias federal e estaduais, reforma do Código de Processo Penal voltada à redução da prisão preventiva,⁵¹ entre outras. Por tais motivos, apesar de algumas das reformas estruturais terem sido abandonadas, os governos Lula e Dilma são identificados por Azevedo e Cifalli como governos “realistas de esquerda”, na concepção criminológica do termo, isto é, voltados “à defesa de um direito penal mínimo e apostando, sobretudo, no reforço das capacidades das agências de controle punitivo para atuar dentro das previsões legais e em políticas públicas de prevenção ao delito e de inclusão social”.⁵²

Nota-se que, embora não completamente exitosa, houve uma tentativa do governo federal de orientar a política de segurança pública de forma mais estratégica e menos focada no encarceramento. Ainda assim, persiste a dúvida: como explicar que, no mesmo período, a taxa de encarceramento brasileira passou a aumentar de maneira inédita e exponencial?

Uma vez exposto o papel do governo federal no período, resta perquirir se a divisão federativa não contribuiu para o fenômeno ora estudado. Com efeito, conforme destaca Arretche, estados federativos tendem a apresentar dificuldades no que tange à coordenação das políticas públicas, o que ocorre em razão da sobreposição de competências, da competição entre os entes, bem como pelos diversos pontos de veto difusos no sistema federativo.⁵³ Por fim, cada política pública possui especificidades, o que influenciará o grau de coordenação entre os entes: “a forma como estão estruturadas as relações

49. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 120.

50. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 122.

51. Lei 12.403/11, a qual altera dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

52. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 123.

53. ARRETCHÉ, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 18, n. 2, 2004. p. 17.

federativas nas políticas específicas afeta as estratégias possíveis para coordenação vertical das políticas nacionais”.⁵⁴

No Brasil, a divisão federativa sobre segurança pública consta do artigo 144 da Constituição Federal, o qual, de uma forma geral, limita a atuação das polícias federais à apuração de infrações penais que violem bens, serviços e interesses da União. Cabe, assim, às polícias dos estados preservarem a ordem pública, realizando o patrulhamento ostensivo residual. Outrossim, além da divisão federativa, não se pode desconsiderar que política criminal é resultado da atividade dos três poderes:

“[política criminal] é implementada a partir de arranjos feitos no âmbito dos três poderes, seja por meio do fortalecimento das forças de segurança, no âmbito do Executivo, por meio do controle das decisões judiciais na área criminal exercido pelo Judiciário ou mesmo por meio da priorização alocativa exercida pelo Legislativo em acordo com o Executivo, ao favorecer a política criminal em desfavor da política social.”⁵⁵

Diante desse arranjo, muito embora tenha ocorrido uma tentativa de coordenação da política de segurança pública por parte do governo federal, as ações concretas ainda permaneceram sob a responsabilidade dos estados, motivo pelo qual o aparente paradoxo entre as políticas sociais federais e o encarceramento vivenciado a partir do século XXI pode ser atribuído, em parte, à postura antagonônica apresentada pela administração federal e o governo do estado de São Paulo em relação à segurança pública:

“Para compreender o paradoxo de que no plano federal o governo atuou no sentido da contenção do poder punitivo, mas as taxas de encarceramento nunca alcançaram níveis tão elevados, é preciso também considerar, entre outros fatores, o peso do estado de São Paulo para a obtenção deste resultado. Durante todos os 12 anos em que o Governo Federal foi assumido por uma orientação política inspirada na tradição da esquerda latino-americana, o governo de São Paulo esteve sob o controle do PSDB, que adotou, tanto discursivamente quanto em suas práticas de gestão, políticas vinculadas aos movimentos de Lei e Ordem, na defesa de encarceramento duro especialmente para delitos ligados ao mercado da droga. Isso explica a discrepância dos dados de encarceramento de São Paulo, se comparados a outros estados, e se percebe assim o peso da orientação do poder executivo estadual, responsável pela coordenação da atuação das polícias civil e militar.”⁵⁶

54. ARRETCHE, Marta. Federalismo...cit., p. 22.

55. FILHO, José de Jesus; FONSECA, Francisco César Pinto da. Taxa de encarceramento: análise comparativa entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Administração Política*, Salvador, v. 10, n. 1, 2017. p. 100.

56. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Op. cit., p. 124.

Com efeito, conforme apontam Filho e Fonseca, a divisão do encarceramento por estados demonstra que, em 2016, o Estado de São Paulo possuía uma população prisional de 240.061, concentrando 33,1% de toda a população prisional do país.⁵⁷ Além disso, Rondônia, por exemplo, apresentou nos últimos anos uma taxa de encarceramento abrupta e superior à dos Estados Unidos.⁵⁸

A consideração da divisão federativa e dos arranjos entre os poderes demonstra que o encarceramento não pode ser exclusivamente atribuído à política nacional de maior ou menor investimento no bem-estar populacional. Há outros fatores que impactam essa equação, especialmente o grau de “investimento dos estados em assegurar sua capacidade de prender, processar e julgar suspeitos”.⁵⁹

Em outras palavras, o menor investimento no Estado de bem-estar pode ser um dos fatores explicativos para as taxas de encarceramento, mas não o único. Há estados que mantiveram o investimento na área social e, ao mesmo tempo, incrementaram de forma colossal o respectivo aparelho punitivo. Embora exista uma relação entre ambas as modalidades de atuação estatal, tal como previa Wacquant, há outros fatores que pesam e até são predominantes nessa relação.

Nesse sentido, a pesquisa de Filho e Fonseca, ao relacionar empiricamente variáveis econômicas, sociodemográficas e ideológicas, é paradigmática, sobretudo pela conclusão oposta ao que geralmente se imagina em relação ao equilíbrio entre desigualdade social e encarceramento:

“Mas isso não significa que quanto menores os gastos sociais, maiores as taxas de encarceramento. A nosso ver, há apenas uma relação de priorização aqui. Isso se confirma pelos resultados com desemprego e o índice de Gini. O índice de Gini apareceu significativo no sentido oposto ao que geralmente se espera, ou seja, quanto maior a desigualdade social, maior a pressão por encarceramento. Na verdade, os resultados indicam que quanto maior a desigualdade, menores as taxas de encarceramento. Isso pode ser explicado por outra ordem de raciocínio. Provavelmente, as taxas de encarceramento são maiores nos estados mais ricos e que apresentam menores índices de Gini justamente em razão do grau de desenvolvimento econômico. Aparentemente, esses resultados sugerem que há uma relação entre desenvolvimento econômico, que não se confunde com desenvolvimento civilizatório, e taxas de encarceramento.”⁶⁰

De acordo com os autores, além da capacidade de investimento no aparato punitivo, outro fator geralmente desconsiderado na taxa de encarceramento é o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, afinal, “é este quem detém o controle tanto do ingresso de

57. SANTOS, Thandara (Org.). Op. cit., p. 9.

58. FILHO, José de Jesus; FONSECA, Francisco César Pinto da. Op. cit., p. 106.

59. FILHO, José de Jesus; FONSECA, Francisco César Pinto da. Op. cit., p. 108.

60. FILHO, José de Jesus; FONSECA, Francisco César Pinto da. Op. cit., p. 126.

novos presos quanto da saída desses do sistema prisional [...] O Judiciário tem papel decisivo no encarceramento e os governos conservadores perceberam isso”.⁶¹

A Lei 11.343/06 geralmente é apontada como um dos fatores fundamentais para a guinada no encarceramento brasileiro, sobretudo por endurecer as penas do crime de tráfico de drogas. Ocorre que a mesma lei também prevê medidas destinadas à prevenção ao uso problemático, além de mecanismos para a redução da reprimenda nos casos de autores primários e sem vínculo com associações criminosas.

Na prática, porém, a população presa por tráfico de drogas corresponde a quase um terço da população prisional do Brasil, o que pode ser atribuído ao modo pelo qual tal lei foi interpretada pelo Poder Judiciário. Nesse aspecto, Semer destaca que os juízes de maneira geral resistiram à aplicação dos direitos previstos na mencionada norma em relação aos acusados primários, a despeito do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. São tais acusados que comporão a massa carcerária do país: “são justamente esses pequenos que lotam os cárceres, quando muito peões facilmente substituíveis, sem qualquer abalo ao comércio”.⁶²

Nesse sentido, Feltran salienta que “quando se encarcera o operador baixo sem mexer nas economias ilegais que o empregam, ele apenas cede seu posto de trabalho para outro [...] Daí a inflação dos números de presidiários – São Paulo os multiplicou por cinco em vinte anos – sem efeito de redução da criminalidade”.⁶³ Aliás, invocando novamente a questão federativa, nota-se que o estado de São Paulo possui significativo papel em relação ao rigor jurisprudencial:

“Entre os resultados surpreendentes, uma enorme diferença regional. Estados de maior porte, como SP, MG e RS aplicam em menor escala os parâmetros do STF e, portanto, as penas são mais severas do que as aplicadas por Estados como Maranhão e Bahia, que seguem o STF com mais frequência.

Esta inusitada diferenciação regional, que seria compreensível em um país de legislação estadualizada (como os EUA), é incompatível com nossos instrumentos de federalização: uma legislação que é de competência exclusiva da União e tribunais superiores com a incumbência de unificar a interpretação destas normas.”⁶⁴

Em síntese, as taxas de encarceramento no Brasil não são meramente explicadas por um suposto declínio do Estado-providência, o qual, em verdade, sequer foi implementado no país. Nessa equação, há arranjos complexos que envolvem todos os Poderes da

61. FILHO, José de Jesus; FONSECA, Francisco César Pinto da. Op. cit., p. 128.

62. SEMER, Marcelo. *O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico*. Disponível em: [<https://revistacult.uol.com.br/home/encarceramento-grande-juizes/>]. Acesso em: 14.07.2019.

63. FELTRAN, Gabriel de Santis. Op. cit.

64. SEMER, Marcelo. Op. cit.

República, bem como o investimento estatal no aparato punitivo, especialmente analisado a partir da divisão federativa.

6. DIMENSÕES DO BEM-ESTAR, SEGURANÇA PÚBLICA E ENCARCERAMENTO

Conforme destaca Feltran, a despeito das múltiplas dimensões sobre a desigualdade (renda, propriedade, relações raciais, gênero, território, educação, saúde etc.), “o debate específico tem considerado pouco as implicações da segurança pública na conformação atual de nossa ordem desigual”.⁶⁵ Assim, expostas as conjunturas que ocasionaram o processo de grande encarceramento no Brasil, resta tangenciar qual seria o impacto do processo de encarceramento em massa em relação à desigualdade.

A privação de liberdade decorrente da atuação do sistema punitivo acaba por marginalizar uma camada significativa da população, eis que essa provavelmente carregará para sempre o estigma do “preso”, “condenado”, “bandido”, reduzindo suas chances de vida.⁶⁶ É o “circuito fechado de marginalidade perpétua”,⁶⁷ que ocasiona em uma sobreposição entre desigualdade de renda, perpetuação dessa e seletividade penal:

“[...] é na zona mais baixa da escala social que a função seletora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto permanentemente crítico, no qual a ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito. Isso se verifica precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que é a população criminosa.”⁶⁸

Putnam relembra que a marginalização decorrente do encarceramento em massa não se limita à pessoa daquele que foi condenado, sendo transmitida aos seus filhos. Isso porque a maior parte dos presos corresponde a jovens pais oriundos da camada populacional mais pobre, cujos filhos sofrerão todos os danos decorrentes da subtração do convívio familiar. Isso redundará, por tabela, em traumas e maiores dificuldades escolares,⁶⁹

65. FELTRAN, Gabriel de Santis. Op. cit.

66. Cf. GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 15.

67. ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. Nova Iorque: The new press, 2012. p. 95.

68. BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 172.

69. PUTNAM, Robert D. *Our Kids: the american dream in crisis*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2015. p. 76-77.

o que provavelmente impactará a perpetuação da desigualdade, sem mencionar problemas relacionados ao próprio sustento da família.

De fato, conforme salienta Sen, a noção de desenvolvimento de um país não deve ser limitada à análise de seu produto interno bruto, aumento de renda, avanço tecnológico, entre outros fatores comumente invocados. Há que se considerar nesse cálculo o grau de liberdades desfrutadas pelos membros, como o acesso a serviços de educação e saúde, bem como os direitos civis, especialmente a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas.⁷⁰

Assim, não há como desconsiderar que, além da privação física de liberdade e de toda a estigmatização e marginalização já comentadas, o encarceramento massivo também inviabiliza os direitos civis. A propósito, em 1997, 13% do total de dez milhões de negros estadunidenses não pôde votar em razão das acusações criminais, o que, em alguns estados, conferiu significativa vantagem para políticos republicanos nas eleições de 2000.⁷¹ De acordo com Alexander, o encarceramento gerado especialmente por conta da guerra às drogas, camuflada em uma linguagem neutra, ofereceu à população branca que se opunha às reformas raciais uma oportunidade única de expressar a hostilidade sobre os negros, evitando eventuais acusações de racismo.⁷²

Os aspectos ora levantados são meramente exemplificativos do impacto que o incremento da reação encarceradora pode surtir sobre uma realidade já desigual como a brasileira. Há, certamente, outras relações que podem ser exploradas em relação a tal quadro.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre o encarceramento verificado no Brasil a partir do início do século XXI geralmente parte da premissa de que houve um movimento ambivalente entre o declínio de políticas públicas de redução da desigualdade e a ascensão de um sistema punitivo cada vez mais calcado na privação da liberdade. A massificação do cárcere no país espectralizaria o movimento observado por Loïc Wacquant nos países centrais, vale dizer, a substituição de um Estado social por um Estado penal, leniente em relação à desigualdade e punitivo em relação às suas consequências.

Evidentemente a teoria de Wacquant é fundamental para analisar o incremento punitivo do século XXI,⁷³ contudo, há outros pontos que devem ser abordados para uma

70. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 18.

71. DAVENPORT-HINES, Richard. *The Pursuit of Oblivion*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2002. p. 443.

72. ALEXANDER, Michelle. Op. cit, p. 54.

73. Sobre a relevância e insuficiência dos modelos que estudaram o grande encarceramento moderno, Cf. SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019. p. 299-304.

análise sobre o encarceramento no Brasil. Partindo das *policy sciences* como um conhecimento necessário à prática da democracia e que tem por objetivo especial a realização teórica e fática da dignidade humana,⁷⁴ o presente artigo almejou oferecer algumas contribuições teóricas sobre a relação entre desigualdade e encarceramento.

Primeiramente, deve-se ter clareza quanto à complexidade do conceito de desigualdade. Com efeito, mesmo a ciência política entende a desigualdade como um fator multifacetado e que comporta diversas abordagens. Como suporte teórico deste artigo, foi utilizado o trabalho paradigmático de Arretche sobre a inclusão dos *outsiders* no Brasil, de acordo com o qual conclui que houve redução da desigualdade no Brasil a partir de 1988 até a primeira década do século XXI.

Embora o Brasil, de acordo com o referencial teórico utilizado, tenha apresentado redução em sua taxa de desigualdade social durante esse período, houve incremento das taxas de encarceramento no país, o que não pode ser explicado meramente pela suposta substituição de um Estado provedor por um Estado penal. Há outros fatores que influenciaram o incremento prisional, especialmente a divisão federativa. Ressalva-se, contudo, que o presente artigo foi pautado pela revisão bibliográfica, sem a pretensão de esgotar o tema, especialmente pelo fato de que a hipótese demanda aprofundamento no campo empírico.

Foram, ainda, registradas algumas relações entre o encarceramento e as dimensões do bem-estar, verificando-se que aquele perfaz verdadeiro vetor para que mais desigualdade seja gerada.

Em Estados democráticos, não deveria ser admitida qualquer formulação política-criminal que ignore o respectivo impacto sobre o encarceramento, sob risco de implementação de uma política pública que promova a desigualdade, contrariando a própria essência do termo.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVAI, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 8, ano 4, p. 84-135, 2002.
- ALEXANDER, Michelle. *The new Jim Crow: mass incarceration in the age of color-blindness*. Nova Iorque: The new press, 2012.
- ARAÚJO JUNIOR, Ary; FAJNZYLBER, Pablo. *Violência e criminalidade*. Belo Horizonte: Cedeplar, 2011.

74. LASSWELL, Harold D. The Policy Orientation. In: LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold D. (Org.). *The Policy Sciences*. Stanford: Stanford University Press, 1951. p. 14-15.

- ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.
- ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos outsiders. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 33, n. 96, p. 1-23, 2018.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. *Civitas, Rev. Ciênc. Soc.*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 105-127, mar. 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 93-110, jun. 2008.
- DAVENPORT-HINES, Richard. *The Pursuit of Oblivion*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 2002.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. *Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991.
- FANIZZI, Catherine. Compartilhando São Paulo: violência e desigualdade conduzindo a cidade. In: SÁ, Alvino de Augusto; ALMEIDA, Júlia de Moraes; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.) *Novas Perspectivas da Criminologia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- FELTRAN, Gabriel de Santis. *Segurança pública no Brasil contemporâneo: paradigma equivocado*. Disponível em: [www.oxfam.org.br/publicacoes/cada-vez-mais-desigual/seguran%C3%A7a-publica-no-brasil-contemporaneo-paradigma-equivocado]. Acesso em: 14.07.2019.
- FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- FILHO, José de Jesus; FONSECA, Francisco César Pinto da. Taxa de encarceramento: análise comparativa entre os estados brasileiros. *Revista Brasileira de Administração Política*, Salvador, v. 10, n. 1, p. 99-132, 2017.
- GARLAND, David. Punishment and welfare: social problems and social structures. In: LIEBLING, Alison; MARUNA, Shadd; MCARA, Lesley. *The Oxford Handbook of Criminology*. 6. ed. Nova York: Oxford University Press.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2013.
- HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SECCHI, Leonardo; CORRÊA, Camila Herzmann; RUSCHEL, Douglas Ruschel. *A Policy Orientation em Estudos Recentes de Implementação de Políticas Públicas no Brasil*. Vitória: Anpad, 2010. Disponível em: [www.anpad.org.br/admin/pdf/enapg322.pdf]. Acesso em: 11.06.2019.

- IMMERGUT, Ellen M. As Regras do Jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 30, n. 11, p. 139-63, 1995.
- LASSWELL, Harold D. The Policy Orientation. In: LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold D (Org.). *The Policy Sciences*. Stanford: Stanford University Press, 1951.
- PUTNAM, Robert D. *Our Kids: the american dream in crisis*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2015.
- RUCSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SEMER, Marcelo. *O papel dos juízes no grande encarceramento: um estudo sobre sentenças de tráfico*. Disponível em: [<https://revistacult.uol.com.br/home/encarceramento-grande-juizes/>]. Acesso em: 14.07.2019.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, dez. 2006.
- SOZZO, Máximo (Org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas relacionadas ao tema**

- A responsabilidade civil pela chacina carcerária ocorrida no sistema penitenciário amazonense e a parametrização indenizatória pelos óbitos de detentos sob custódia do Estado – uma análise da violação de direitos fundamentais no sistema carcerário, de Rodrigo Cavalcante dos Santos e Suenny do Nascimento Alves – *RePro* 311/281-298 (DTR\2020\151);
- Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 151/291-315 (DTR\2018\22758);
- O encarceramento em massa na era do punitivismo: a criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt, de Fernando Hoffmam e Pedro Victor dos Santos Witschoreck – *RBCCrim* 167/331-366 (DTR\2020\6440); e
- Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no Sistema Prisional Brasileiro, de Frederico Augusto Barbosa da Silva e Isabella Cristina Lunelli – *RBCCrim* 173/351-391 (DTR\2020\13263).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- RT919/736 (JRP\2011\8209).
- Conteúdo Exclusivo Web (JRP\2011\21205).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 144 da CF (LGL\1988\3).

"THE RIGHT TO COUNSEL AND THE PROTECTION OF ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS": DIREITO DE DEFESA TÉCNICA E RELAÇÕES CLIENTE-ADVOGADO NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

"THE RIGHT TO COUNSEL AND THE PROTECTION OF ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS": RIGHT TO COUNSEL AND ATTORNEY-CLIENT RELATIONS IN CONTEMPORARY CRIMINAL PROCEDURE

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. Cham: Springer, 2020.

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS

Doutor em Direito pela USP, com período de sanduiche na Universidad Complutense de Madrid (bolsa PDSE/CAPIES) e de pós-doutoramento na UFRJ. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da RBDPP. Assessor de Ministro no STF.

ORCID: [orcid.org/0000-0003-2020-5516].

Lattes: [lattes.cnpq.br/9628659956663949].

vinicius.vasconcellos@ueg.br

RESUMO: Trata-se de resenha do livro *"The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings"*, organizado por Bachmaier, Thaman e Lynn. A partir de perspectiva de direito comparado, a coletânea publicada na série "Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law" apresenta estudos sobre o direito de defesa, a assistência por defensor técnico e o sigilo nas relações entre cliente e advogado no processo penal, especialmente com enfoque em questões contemporâneas, como (1) o impacto das novas tecnologias, investigações digitais no sigilo advogado-cliente, (2) a expansão das relações de cooperação jurídica internacional e produção de prova estrangeira que viole prerrogativas, (3) o papel de advogados na implementação de programas de *compliance*

ABSTRACT: This is a review of the book *"The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings"* organized by Bachmaier, Thaman and Lynn. From a comparative law perspective, the collection published in the series "Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law" presents studies on the right to counsel, assistance by a lawyer and confidentiality in the relationship between client and lawyer in criminal procedure, especially with a focus on contemporary issues, such as (1) the impact of new investigative technologies in lawyer-client confidentiality, (2) the expansion of international judicial cooperation and the production of foreign evidence that violates defensive prerogatives, (3) the role of lawyers in the implementation of compliance programs and

e prerrogativas de advogados internos (in-house) e (4) a persecução internacional de lavagem de dinheiro e terrorismo, deveres de comunicação e sigilo advogado-cliente. Nesta resenha, apresentam-se contribuições relevantes dos artigos publicados na coletânea, relacionando-se com o ordenamento jurídico brasileiro e os debates doutrinários e jurisprudenciais atuais no país.

PALAVRAS-CHAVE: Resenha – Direito de defesa – Defesa técnica – Sigilo entre advogado e cliente – Processo penal.

prerogatives of in-house lawyers, and (4) the international persecution of money laundering and terrorism, report duties and lawyer-client confidentiality. This review presents relevant contributions from the articles published in the collection, in relation to the Brazilian legal system and the current doctrinal and jurisprudential debates in the country.

KEYWORDS: Review – Right to defense – Right to counsel – Attorney-client privilege – Criminal procedure.

A¹ proteção efetiva do direito de defesa é premissa indispensável para a estruturação do processo penal em qualquer sociedade democrática. Tanto em termos de proteção dos direitos fundamentais e limitação do poder punitivo quanto em relação à configuração de um mecanismo confiável para a reconstrução dos fatos passados, a participação da pessoa acusada para exercer o seu direito de defesa e ao contraditório é peça determinante ao sistema de justiça criminal.² Por um lado, a racionalização da resposta punitiva pressupõe a salvaguarda dos direitos de quem é submetido à persecução penal.³ Por outro, somente com a participação ativa da defesa será implementada a dialeticidade necessária para a formação da decisão judicial informada em contraditório e, assim, legítima em conformidade com os primados do devido processo.⁴

Para tanto, a participação da pessoa acusada somente será efetiva se ela tiver a devida compreensão de sua situação, de seus direitos e de suas perspectivas no desenrolar do

1. Agradeço a Heloísa Estellita, Guilherme Goes e Túlio Felipe Xavier pelas sugestões bibliográficas e jurisprudenciais.
2. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. *Processo Penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 174-175; GIACOMOLLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 112-113; MOURA, Maria Thereza R. A.; BASTOS, Cleunice A. V. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 04, p. 110-125, out.-dez. 1993.
3. “Na atualidade, a presença do defensor deve ser concebida como um instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo o penal, garantindo o respeito à lei e à Justiça. Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve adequar-se a tal fim, atuando para a sua melhor consecução” (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 476).
4. “O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 258).

processo.⁵ Nesse sentido, diante das complexidades dos conhecimentos jurídicos (vide, por exemplo, o rebuscamento da terminologia normalmente utilizada por seus atores), surge como primordial o papel da defesa técnica para assistir o imputado durante todas as etapas da persecução penal.⁶ Trata-se de atuação que se dá por meio de “pessoa habilitada, defensor público ou advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ou seja, por profissional com formação técnica que torne legítima e efetiva sua atuação em defesa dos interesses do imputado”.⁷

Contudo, para que a assistência pela defesa técnica ao imputado possibilite o exercício do direito de defesa de um modo efetivo, algumas garantias e prerrogativas precisam ser asseguradas, entre elas, o sigilo nas relações e comunicações de advogados e clientes.⁸ Nesse sentido, segundo Bachmaier Winter, “para que advogados pratiquem a sua profissão de um modo efetivo e competente, clientes devem confiar completamente na atuação de seu defensor técnico”, visto que qualquer receio de que informações confidenciais sejam expostas para terceiros findaria por corromper profundamente a necessária relação de confiança cliente-advogado.⁹

Sem dúvidas, essa temática tem sido objeto de intensa preocupação e relevante debate na doutrina e na jurisprudência brasileira e estrangeira.¹⁰ Em termos de direito suprana-

5. Afirma-se que o direito à defesa técnica “visa a compensar a desigualdade material existente entre a parte processual acusadora [...] e o acusado [...]” (MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 154).
6. Sobre a atuação da defesa técnica na fase de investigação preliminar: SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004; LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 467-478. No geral, sobre as fases da persecução penal e suas funções, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 229-260, 2018.
7. CASARA, MELCHIOR. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 473-474.
8. SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 73, p. 107-155, jul.-ago. 2008. p. 112-113; SOBRINHO, Mário S., LAVACA, Thaís A. D. Sigilo profissional e a produção da prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, Mauricio Zanoide de; MORAES, José Raul Gavião de (Coord.). *Sigilo no processo penal*. São Paulo: RT, 2008. p. 182.
9. BACHMAIER WINTER, Lorena. Introduction. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 1 (tradução livre).
10. “Trata-se, por certo, de garantia que, assecuratória da efetiva paridade de armas entre as partes, adquire maior transcendência e importância no âmbito do processo penal, sendo objeto, inclusive, de regras de caráter universal, inseridas nos textos internacionais sobre direitos humanos, e infraconstitucionais” (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 93).

cional, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que: “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei” (art. 8.2). Já no âmbito europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos assegura que o acusado tem o direito de “defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem” (art. 6.3.c).

Nos termos da Constituição brasileira de 1988, a advocacia está qualificada como uma das funções essenciais à Justiça, juntamente com o Ministério Público.¹¹ Além disso, assenta-se que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133, CF). Em termos de direitos e garantias fundamentais, assegura-se que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXII, CF). Assim, no Brasil, qualquer pessoa acusada penalmente necessariamente deverá ser assistida por defensor técnico: um advogado por ela indicado ou um defensor público (ou dativo) nomeado pelo Poder Judiciário. Trata-se de pressuposto indispensável e irrenunciável na justiça criminal.¹²

Contudo, a proteção ao sigilo na relação advogado-cliente não está consolidada no texto constitucional, mas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994), segundo o qual são direitos do advogado “II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”, “III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis” e “XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional” (art. 7º).

11. CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 238-247.

12. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 257-258. Somente se admite que o acusado realize sua defesa sozinho, sem assistência técnica, se ele tiver habilitação para exercer tal função, ou seja, inscrito formalmente como advogado na OAB (GIANNELLA, Berenice M. *Assistência jurídica no processo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 106).

Embora existam tais previsões normativas, os contornos concretos de tais direitos em sua consolidação prática são bastante variáveis, tanto na jurisprudência brasileira como ao se analisar ordenamentos estrangeiros. Assim, os estudos de direito comparado são extremamente profícuos para a interpretação de questões-problema nacionais ou para o aprimoramento do regramento pátrio, por exemplo.¹³

Diante disso, os professores Lorena Bachmaier Winter, Stephan Thaman e Veronica Lynn organizaram o livro *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*, com artigos de pesquisadores de diversos países e culturas distintas: China, Alemanha, Grécia, Itália, Japão, Holanda, Portugal, Espanha, Suíça, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos. A pesquisa iniciou-se com a redação de um relatório geral apresentado por Bachmaier e Thaman no Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Comparado, em 2018 em Fukuoka no Japão. Então, a partir de perspectiva de direito comparado, a coletânea publicada na série “Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law” apresenta estudos sobre o direito de defesa, a assistência por defensor técnico e o sigilo nas relações entre cliente e advogado no processo penal, especialmente com enfoque em questões contemporâneas que colocam em tensão a proteção efetiva de tais direitos nas sociedades democráticas.

Da leitura dos artigos, constata-se que os sistemas existentes nos diversos países para proteção do sigilo nas comunicações entre advogados e clientes não são homogêneos e, em muitos casos, verificam-se indicativos de insuficiência para uma garantia efetiva. Em suas análises, as pesquisas examinam notadamente alguns problemas ocasionados por novas perspectivas contemporâneas aos sistemas de justiça, como (1) o impacto das novas tecnologias, investigações digitais no sigilo advogado-cliente, (2) a expansão das relações de cooperação jurídica internacional e produção de prova estrangeira que viole prerrogativas, (3) o papel de advogados na implementação de programas de *compliance* e prerrogativas de advogados internos (*in-house*) e (4) a persecução internacional de lavagem de dinheiro e terrorismo, deveres de comunicação e sigilo advogado-cliente.

Tendo em vista (1) a ampliação de meios tecnológicos nas investigações criminais, progressivamente mais invasivos, percebe-se um incremento no risco de violação ao sigilo das comunicações entre advogados e clientes. Por exemplo, as medidas de interceptações telemáticas, as buscas em servidores e computadores ou mesmo a utilização de captadores informáticos (*trojans*) aportam novas complexidades para limitar o acesso

-
13. Sobre isso, ver: GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; TURNER; WEISSER. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 67-88; VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-set. 2018; RINCEANU, Johanna. A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 7-20, 2018.

a dados que possam ocasionar um indevido acesso a informações privilegiadas.¹⁴ Contudo, muitos dos ordenamentos abordados na coletânea aqui resenhada não possuem um regramento específico sobre provas digitais, seus critérios e limites.

Sem dúvidas, o sistema brasileiro padece de omissão legislativa semelhante atualmente,¹⁵ o que destaca a relevância do livro para o debate pátrio. Provas documentais e periciais em meio eletrônico e digital são produzidas a partir do regime tradicional, considerando o regime do CPP brasileiro com redação original de 1941. Tal cenário é criticado por parte da doutrina, que aponta a insuficiência da legislação atual e a necessidade de modificação para regulamentação de dispositivos específicos, em conformidade com as características próprias das “provas digitais”, como a imaterialidade, a volatilidade, a suscetibilidade de clonagem e a necessidade de intermediação.¹⁶

Em termos jurisprudenciais, pode-se citar decisão cautelar da Min. Cármen Lúcia, do STF, em que se determinou a suspensão de quebra de sigilo telemático para obtenção de senha e acesso a celular de advogado investigado. Afirmou-se que: “o paciente é advogado e tem o seu sigilo profissional legalmente estabelecido, e não se pode pretender acesso a seu telefone, no qual se podem conter informações outras que não vinculadas aos fatos investigados pela Comissão Parlamentar de Inquérito e que estejam acobertadas pela garantia de direitos de terceiros.”¹⁷ Contudo, tal decisão monocrática não foi submetida ao colegiado, visto que a ação foi julgada prejudicada com o encerramento da referida CPI.

Já em relação à expansão das relações de cooperação jurídica internacional (2), aponta-se que a globalização dos servidores de dados digitais pode ocasionar a

14. Ver: MENDES, Carlos Hélder. *Tecnoinvestigação: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: JusPodivm, 2020; CAPRIOLI, Francesco. Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 2017; CAPPARELLI, Bruna. Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: *qui custodiet custodes?* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 253-286, nov. 2017.

15. Sobre isso: SOARES, Gustavo T. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016; CESARI, Claudia. Editoriale: L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale: un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1167-1188, set.-dez. 2019.

16. VAZ, Denise P. *Provas Digitais no Processo Penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 66-70; JEZLER JR., Ivan. *Prova Penal Digital*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 18-20. Ver, também: KERR, Vera K. S. *A disciplina, pela legislação processual penal brasileira, da prova pericial relacionada ao crime informático praticado por meio da internet*. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; COSTA, Helena R. L.; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, p. 203-223, 2011.

17. STF, HC 171.508 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20.05.2019.

inutilidade das garantias previstas nos ordenamentos nacionais, ao passo que os dados e as comunicações armazenadas em outros países poderiam ser lá acessados, se em tais ordenamentos isso for facilitado e então compartilhado por meio de cooperação jurídica internacional. Caso inexista um filtro no país receptor da prova para inadmitir aquelas produzidas em desacordo com as suas próprias regras, ainda que em seu ordenamento as comunicações entre advogado e cliente não pudessem ser interceptadas em prol do sigilo, isso seria obtido por outras vias. Embora inexista regulamentação específica no CPP brasileiro, trata-se de temática presente na doutrina e na jurisprudência brasileira, em que se discute a amplitude do controle a ser realizado pelas autoridades brasileiras ao receber um ato produzido em outro país, ou seja, verificar o respeito aos direitos fundamentais na produção da prova pelas regras estrangeiras a partir dos parâmetros de proteção brasileiros.¹⁸

O terceiro ponto de atenção nos estudos diz respeito ao papel de advogados na implementação de programas de *compliance* e às prerrogativas de advogados internos (*in-house lawyers*) (3), o que pode trazer impactos à existência ou amplitude do dever de sigilo das informações obtidas em tal atuação. Cita-se, por exemplo, o caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd v. a Comissão Europeia*, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu que a falta de independência de advogados internos, contratados pelas empresas,¹⁹ impede a alegação de sigilo advogado-cliente no subsequente processo criminal.²⁰ No caso, assentou-se que o sigilo deve ser respeitado se atendidos dois requisitos: “a comunicação com o advogado deve ser relacionada ao direito de defesa do

-
18. Sobre isso, ver: ABADE, Denise N. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013; BECHARA, Fábio R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. Em geral, ver dossiê publicado em: CAEIRO, Pedro. Editorial do dossiê “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”: problemas actuais em perspectiva global. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 553-563, maio-ago. 2019. Sobre o exemplo da comunicação de dados eletrônicos e a cooperação entre Brasil e Estados Unidos, ver: SILVA, Ana Paula Gonzatti da. Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 659-702, maio-ago. 2019.
19. “Os *in-house lawyers*, ou advogados internos empresariais, podem ser conceituados como aqueles que, apesar de efetivamente atuarem como advogados, trabalham sob uma relação de dependência laboral para com determinada empresa” (CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2020. p. 318, nota 91).
20. BACHMAIER WINTER, Lorena. Introduction. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 3.

cliente” e “a comunicação deve advir de um advogado independente, ou seja, que não esteja submetido ao cliente por uma relação de emprego”.²¹

As discussões sobre o tema no Brasil são bastante atuais com a expansão dos deveres de *compliance* e investigações internas.²² O tema tem sido objeto de estudos recentes, contudo, ainda pouco explorado pelos Tribunais, especialmente em matéria penal.²³ Na doutrina, sustenta-se a amplitude das prerrogativas e garantias funcionais, com o sigilo, para advogados internos (*in-house lawyers*), mas também para tais profissionais em casos de *compliance* e investigações internas.²⁴

21. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DBC1300E-4F2ADEEC157D18246341BA8AA?text=&docid=82839&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13327726]. Acesso em: 15.11.2020 (tradução livre).

22. CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2020. p. 319-320.

23. No STJ, cita-se o RMS 27.419, em que se anulou decisão que determinou busca e apreensão em departamento jurídico do Banco do Brasil com finalidade de investigação criminal. No caso, embora o fundamento principal da anulação tenha sido a insuficiência da motivação da medida invasiva, assentou-se a importância do respeito ao sigilo profissional cliente-advogado: “Preserva-se o sigilo profissional do Advogado em respeito ao papel essencial que desempenha para a administração da Justiça (art. 5º., XIV, e 133 da CF) e a confiança depositada pelos clientes, vedando-se ao Juiz ou a Autoridade Policial determinar a apreensão ou apreender documentos acobertados por aquele sigilo, ou seja, todos os que possam, de qualquer forma, comprometer o cliente ou a sua defesa, seja na esfera cível seja na esfera penal, tudo em homenagem ao princípio que garante o exercício do amplo direito de defesa” (STJ, 5ª Turma, RMS 27.419, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14.04.2009).

Também se aponta o RMS 17.783, em que se afirmou dever de sigilo para contador que realizou auditoria particular em empresa, mas somente em relação às questões internas da empresa, mantendo-se o depoimento sobre o método e as conclusões da auditoria realizada (STJ, 5ª Turma, RMS 17.783, Rel. Min. Félix Fischer, j. 06.04.2004).

24. “Pelos motivos já expostos, porém, entendemos que não há razão para limitação desse privilégio ao escopo dos advogados externos. Uma vez que se adota aqui um critério funcional, tendo como pré-requisito subjetivo tão somente a inscrição do advogado na respectiva Ordem, o relevante a ser questionado é se a atividade realizada pelo advogado se encontra no âmbito de uma representação técnica em juízo ou então de uma consultoria ou assessoria estritamente jurídica, ainda que não vinculada a um litígio específico, sendo irrelevante ele ser funcionário da empresa ou membro de uma banca externa” (JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos *in-house lawyers* e dos advogados de *compliance* e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set. 2019. p. 332). Sobre isso, em relação ao direito a não autoincriminação nas investigações internas: CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Nemo tenetur se deteger e programas de compliance. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODT, Luís Augusto; TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos (Org.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Verto, 2019. p. 311-342; GRECO, Luís; CARACAS, Christian. *Internal investigations* e o princípio da não auto-incriminação. In:

Por fim, quanto à persecução internacional de lavagem de dinheiro e terrorismo em relação às prerrogativas da advocacia (4), apontam-se tensões com tendências de imposição aos defensores de deveres de comunicação a autoridades nos casos de suspeitas relacionadas a essas espécies delitivas. No Brasil, há intenso debate sobre os reflexos da Lei de Lavagem de Dinheiro, especialmente quanto aos deveres de comunicação impostos nos artigos 10 e 11, os quais poderiam ser aplicados a advogados, nos termos do art. 9º, XIV.²⁵ Na doutrina, sustenta-se que: “a condição de sigilo não diz respeito tão somente às informações repassadas pelo cliente, abarcando também às comunicações mantidas pelo ou com o advogado, aos arquivos e espaços físicos do escritório de advocacia e aos próprios honorários pagos à título de remuneração dos serviços contratados.”²⁶

Nesse sentido, há manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil no sentido de que os advogados não estão sujeitos às obrigações de comunicação impostas pela Lei de Lavagem de Dinheiro.²⁷ Em casos extremos, discutem-se tendências de criminalização da advocacia por meio de tais previsões, visto que há notícias de advogados que foram

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 787-818.

25. Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: [...] XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e, f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

Sobre a temática, em geral: RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010; ESTELLITA, Heloisa. *Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação*. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV, 2016; BOTTINI, Pierpaolo C.; ESTELLITA, Heloisa. *Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética*. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 36, n. 129, p. 134-148, abr. 2016.

Nessa discussão também se coloca a temática da cegueira deliberada do advogado sobre a origem ilícita dos honorários: PORTUGAL, Daniela C.; SCHUBERT, Marina A. *Teoria da cegueira deliberada: um risco à advocacia brasileira?* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 159, p. 109-147, set. 2019.

26. RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. *A prerrogativa do sigilo sobre honorários profissionais e a lavagem de ativos: uma análise a partir da advocacia criminal como atividade de risco*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 159, set. 2019. p. 216.
27. Ementa 076/2012/OEP, Processo 49.0000.2012.006678-6/CNECO, consulta formulada pelos Presidentes do Conselho Federal e da Seccional Paulista da OAB, DOU 23.08.2012.

submetidos a investigações por tais motivos.²⁸ Há uma ADI pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal sobre a temática.²⁹

Em complementação aos quatro enfoques de novas tensões ocasionadas à relação cliente-advogado, pode-se também apontar a expansão dos mecanismos negociais no processo penal, a qual pode configurar sistema de pressões e coerções passível de corromper a própria confiança na defesa técnica, além de em alguns sistemas o próprio direito possa ser renunciado. No Brasil, o acompanhamento de advogado em caso de qualquer acordo penal é indispensável. Contudo, não se pode supervalorizar a efetividade da assistência técnica como garantia a obstar qualquer alegação de nulidade por vício na voluntariedade do imputado, o que ilegitimamente tem sido aceito em alguns precedentes de Tribunais superiores brasileiros e estrangeiros.³⁰ Tal cenário apresenta peculiaridades especialmente nas hipóteses de megaprocessos, como as grandes operações investigativas recentes no Brasil.³¹

Além de assegurar especial atenção a tais aspectos inovadores e problemas contemporâneos, as análises apresentadas na coletânea aqui resenhada abordam também as premissas do direito de defesa e do exercício da advocacia criminal nos ordenamentos comparados, aportando importantes contribuições aos fundamentos do processo penal de um modo geral. Ademais, questões já tradicionais sobre o tema, como gravações de conversas entre advogado e cliente preso, sanções a advogados em caso de violação ao sigilo, momento de início da atuação da defesa técnica na persecução penal etc.

Em um primeiro capítulo, Bachmaier e Thaman apresentam uma visão comparada do direito à defesa técnica e à proteção do sigilo cliente-advogado, a partir da análise das normativas europeias e de remissões a características peculiares dos ordenamentos apresentados nos demais capítulos da coletânea. Partindo da premissa de que: “somente o advogado se coloca entre o Estado e o suspeito penalmente e, com o objetivo de efetivamente representar tanto inocentes culpados quanto inocentes, a defesa técnica precisa ser

28. Sobre isso: GLOECKNER, Ricardo J.; SCAPINI, Marco Antonio A. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 159, p. 69-108, set. 2019; BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, p. 85-91, out.-dez. 2005.

29. STF, ADI 4841, Rel. Min. Nunes Marques, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais.

30. VASCONCELLOS, Vinicius G.; SENEDESI, João Pedro T. A. Colaboração premiada e defesa técnica: a crise do direito de defesa na justiça criminal negocial. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo R.; MIRZA, Flávio (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 403-419.

31. Sobre isso, ver: MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 159, p. 45-67, set. 2019; SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 311-329.

confiável ao cliente para não relevar potenciais provas incriminatórias que a ela possam ter sido fornecidas.”³² Ao final, os autores apontam sugestões, ressaltando, por exemplo, a importância de uma assistência efetiva desde o momento da prisão em flagrante e durante as investigações, além de especialmente em atos de negociações de acordos penais.

Ilustrativamente, elencam-se alguns exemplos interessantes apresentados no livro. Em relação ao sistema holandês, cita-se a adequada sistemática de proteção contra intrusões abusivas em comunicações telefônicas de advogados. Conforme as previsões do CPP, eventuais interceptações de advogados são, em regra, vedadas, salvo se for ele mesmo o investigado. Igualmente, se o cliente for interceptado e eventualmente uma ligação com o defensor seja gravada, deve ela ser imediatamente descartada. Além disso, narra-se que, em 2011, foi estruturado um sistema de identificação automática de telefones, em que advogados podem registrar até quatro números que não podem ser passíveis de interceptação.³³

No ordenamento estadunidense, destaca-se a preocupação em se aprimorar o sistema de defesa técnica a pessoas hipossuficientes, visto que atualmente a efetividade da assistência de advogado/a é muito criticada. Aponta-se que um número altíssimo de casos é resolvido por acordos penais (95%), sem uma devida orientação por advogado/a e sem qualquer investigação defensiva prévia. Além disso, é frequente a renúncia ao direito de sigilo nas comunicações entre advogado-cliente. Nesse sentido, é marcante a conclusão de Stephen Thaman em seu artigo publicado na coletânea: “Por óbvio, quando o advogado nunca encontra o cliente, não há qualquer problema no sigilo advogado-cliente, em suas interceptações ou em buscas no escritório. Quando não há julgamento, inexistem qualquer problema na admissibilidade de material sigiloso, se ele foi ilegalmente acessado.”³⁴

O cenário chinês é descrito como pouco conformado à atuação defensiva, visto que menos de 30% de suspeitos e imputadas são representado/as por advogados, e perto de 60% deles são presos cautelarmente. Contudo, apontam-se reformas recentes que podem iniciar movimentos para aprimorar a efetividade da defesa.³⁵ Quanto ao Japão, descre-

32. BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C. A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 9 (tradução livre).

33. NAN; VERREST. The Dutch Attorney and His Client. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 205-233.

34. THAMAN, Stephen C. Confidentiality of Attorney-Client Communications in the United States. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 394-440.

35. SUN, CHEN. Attorney-Client Privilege in Mainland China's Criminal Proceedings. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel*

ve-se o cenário de aprimoramento da legislação, desde a Constituição de 1946 e o CPP de 1948, que já adotou medidas para proteção do direito à defesa técnica, mas ainda carecia de maior atenção à sua efetividade para hipossuficientes e à proteção do sigilo cliente-advogado. Ademais, discute-se a amplitude do dever de busca pela verdade, que é ponderado com o dever de lealdade ao cliente na atuação dos advogados.³⁶

Acerca da Alemanha, destaca-se a expansão dos mecanismos negociais e o impacto das diretrizes europeias sobre a assistência técnica em tais acordos, visto que normalmente realizados em etapas investigativas, ou seja, assegurar a defesa técnica somente na fase processual resta claramente insuficiente. Assim, atualmente, o debate se coloca em ampliar a atuação defensiva no inquérito com presença e atuação em interrogatórios policiais, direito à assistência nomeada e proteção do sigilo mesmo antes da nomeação oficial.³⁷

Em Portugal, destaca-se a proteção ampla de um direito denominado como absoluto à defesa técnica. Em sentido propositivo, sugere-se a inserção de dever legal de informar testemunhas do direito à assistência técnica, de modo a evitar que pessoas investigadas sejam indevidamente ouvidas como testemunhas, além do direito do imputado de sentar ao lado do advogado durante o julgamento.³⁸ Na Espanha, descreve-se um regime especial de segredo das informações prestadas por clientes aos advogados, que não podem ser forçados a depor ou relevar tais comunicações,³⁹ embora se apontem lacunas e questões a serem aprimoradas na legislação, como em relação a buscas em escritórios de advocacia e interceptações telefônicas em tais casos.⁴⁰

and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. Cham: Springer, 2020. p. 75-104.

36. SASAKURA, Hiroki. The Continuing Evolution of Right to Counsel and Confidentiality of Attorney-Client Communications in Japan. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 177-204.
37. WEISSER, Bettina. Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial: The Situation in Germany. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 105-132.
38. RAMOS; ABREU; CORDEIRO. Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in Portugal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 235-271.
39. LEC, art. 416: “Están dispensados de la obligación de declarar: [...] 2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”.
40. VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in Spain. In: BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. p. 273-291.

Sem dúvidas, o debate jurídico brasileiro deve ampliar a sua atenção tanto às questões clássicas quanto aos novos problemas contemporâneos que podem ocasionar violação ao exercício efetivo do direito de defesa e à atuação da advocacia na proteção dos direitos fundamentais no processo penal. Certamente, a leitora e o leitor desta resenha lembraram-se de diversos casos, recentes e passados, ocorridos no sistema de justiça brasileiro que destacam a importância dos estudos contidos em *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Assim, convido à leitura do livro, que, como excelente estudo de direito comparado, certamente contribuirá para ampliar e qualificar o debate nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise N. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BACHMAIER WINTER, Lorena; THAMAN, Stephen C.; LYNN, Veronica (Ed.). *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings*. Cham: Springer, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-43123-5>
- BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, p. 85-91, out.-dez. 2005.
- BECHARA, Fábio R. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo C.; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 36, n. 129, p. 134-148, abr. 2016.
- CAEIRO, Pedro. Editorial do dossiê “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”: problemas actuais em perspectiva global. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 553-563, maio-ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.249>
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe X. Investigação defensiva corporativa: um estudo do Provimento 188/2018 e de sua eventual aplicação para as investigações internas de pessoas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 283-328, jan.-abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.324>
- CANESTRARO, Anna Carolina; KASSADA, Daiane Ayumi; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Nemo tenetur se deteger e programas de compliance. In: SAA-D-DINIZ, Eduardo; BRODT, Luís Augusto; TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos (Org.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Vorto, 2019.

- CAPPARELLI, Bruna. Técnicas investigativas italianas articuladas com a utilização dos denominados captadores informáticos: *qui custodiet custodes?* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 253-286, nov. 2017.
- CAPRIOLI, Francesco, Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 483-510, maio-ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.71>
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. *Processo Penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASARA, MELCHIOR. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CESARI, Claudia. Editoriale: L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale: un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1167-1188, set.-dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>
- CINTRA; Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COSTA, Helena R. L.; LEONARDI, Marcel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, p. 203-223, 2011.
- ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.
- GIACOMOLLI, Nereu J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIANNELLA, Berenice M. *Assistência jurídica no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo J.; SCAPINI, Marco Antonio A. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 69-108, set. 2019.
- GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; TURNER; WEISSER. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.4>
- GRECO, Luís; CARACAS, Christian. *Internal investigations* e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O sigilo profissional no âmbito das pessoas jurídicas: um estudo da particular posição dos in-house lawyers e dos advogados de compliance e de investigações internas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 297-339, set. 2019.
- JEZLER JR., Ivan. *Prova Penal Digital*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- KERR, Vera K. S. *A disciplina, pela legislação processual penal brasileira, da prova pericial relacionada ao crime informático praticado por meio da internet*. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). *Processo Penal e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 45-67, set. 2019.
- MENDES, Carlos Hélder. *Tecnoinvestigação: entre a proteção de dados e a infiltração por software*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MOURA, Maria Thereza R. A.; BASTOS, Cleunice A. V. Defesa penal: Direito ou garantia? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 04, p. 110-125, out.-dez. 1993.
- PORTUGAL, Daniela C.; SCHUBERT, Marina A. Teoria da cegueira deliberada: um risco à advocacia brasileira? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 109-147, set. 2019.
- RINCEANU, Johanna. A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 7-20, 2018.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; VIEIRA, Guilherme Siqueira. A prerrogativa do sigilo sobre honorários profissionais e a lavagem de ativos: uma análise a partir da advocacia criminal como atividade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 205-242, set. 2019.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.
- SAAD, Marta. Direito de defesa no processo penal: novos desafios, velhos dilemas. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- SILVA, Ana Paula Gonzatti da. Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 659-702, maio-ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.238>

- SOARES, Gustavo, T. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- SOBRINHO, Mário S., LAVACA, Thaís A. D. Sigilo profissional e a produção da prova. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, Mauricio Zanoide de; MORAES, José Raul Gavião de (Coord.). *Sigilo no processo penal*. São Paulo: RT, 2008.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Sigilo profissional e prova penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 73, p. 107-155, jul.-ago. 2008.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. *Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro*, v. 19, n. 2, p. 229-260, 2018. <http://doi.org/10.12957/redp.2018.31959>
- VASCONCELLOS, Vinicius G.; SENEDESI, João Pedro T. A. Colaboração premiada e defesa técnica: a crise do direito de defesa na justiça criminal negocial. In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo R.; MIRZA, Flávio (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- VAZ, Denise P. *Provas Digitais no Processo Penal*: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, maio-set. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>