

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 168 • junho/2020

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 168 • junho/2020

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 Garcia-Pablos de Molina (Universidade 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 (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)– David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)– Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)– Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)– Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)– Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)– Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina)– Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)– Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)– Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)– Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)– Iasevoli Clelia (Universita' 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)– Jesús-María 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 (Universidade 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 (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)– Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)– Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR)– Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha)– 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)

Brenno Gimenes Cesca (EPM – São Paulo/SP)
Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP)
Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC)
Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ)
David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Emerson Oliveira do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL)
Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Evandro Piza Duarte (UnB – Brasília/DF)
Felipe da Veiga Dias (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Flávio Bortolozzi Junior (Universidade Positivo – Curitiba/PR)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Gustavo Diniz Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP)
Henrique Abi Ackel Torres (UNIFENAS – Belo Horizonte/MG)
Hugo Leonardo Santos (UFAL – Maceió/AL)
Ísis Aparecida Conceição (USP – São Paulo/SP)
João Beccon (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)

José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ)
José Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP)
José Manuel de Sacadura Rocha (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Juliana Vital Rosendo (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE)
Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS)
Marcel Figueiredo Gonçalves (Secretaria da Administração Penitenciária – São Paulo/SP)
Moyses Pinto Neto (ULBRA – Porto Alegre/RS)
Ney Menezes de Oliveira Filho (UFBA – Salvador/BA)
Patrick Lemos Cacicedo (DPESP – São Paulo/SP)
Pedro Jorge Costa (UFPE – Recife/PE)
Tainá Ferreira e Ferreira (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Thais Lemos Duarte (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Bruno Augusto Vigo Milanez (UFPR – Curitiba/PR)
Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas – UFPel – Pelotas/RS)
Danler Garcia (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)
Debora Regina Pastana (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)
Eduardo Khoury Alves (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)
Ellen Rodrigues (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)
Felipe Lazzari da Silveira (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Guilherme Camargo Massau (Universidade Federal de Pelotas – UFPel – Pelotas/RS)
Janice Santin (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
João Paulo Orsini Martinelli (IBMEC – São Paulo/SP)

Luís Carlos Valois (Universidade de São Paulo – USP)
Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Luiz Felipe Dal Santo (Universidade de Oxford – Inglaterra)
Marcella Capaz Rodrigues Pádua (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)
Otávio Lacerda de Paula Silva (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)
Rodrigo Oliveira de Camargo (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ronaldo Pimenta Mendes (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Belo Horizonte/MG)
Sebastian Scheerer (Institut für kriminologische Sozialforschung – Alemanha)
Wagner Marteleto Filho (Faculdade de Direito de Lisboa – Portugal)

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 28 • vol. 168 • junho/2020

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 28 • vol. 168 • junho/2020

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.

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 - Vila Olímpia

CEP 04533-085, 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 e revista@ibccrim.org.br

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

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [06-2020]

Profissional

Fechamento desta edição: [08.04.2020]





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 DESENVOLVIMENTO 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

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Maria Carolina Amorim

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

REVISTA LIBERDADES

Paula Mamede

SISTEMA PRISIONAL

Patrick Lemos Cacicedo

23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – 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

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 Biblioteca e Publicações

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Helen Christo

Natalí de Lima Santos

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO

Douglas Calixto

EQUIPE

Adriana Peres Almeida Santos

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO

Andreza Martiniano da Silva

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 28 • vol. 168 • junho/2020

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: Lucas Kfourì

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

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

O legado tecnicista no pacote anticrime <i>The Technician legacy in the anticrime package</i> FELIPE LAZZARI DA SILVEIRA E RODRIGO OLIVEIRA DE CAMARGO	19
Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? <i>The alternative conduct according the law and increased risk theory: what are the limits of criminal liability for causing a harmful result to legal interest?</i> JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI E JANICE SANTIN	37
<i>Dolus indirectus</i> ontem e hoje <i>Dolus indirectus yesterday and today</i> WAGNER MARTELETO FILHO	69

PROCESSO PENAL

O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo <i>The guarantee judge in Brazil and Chile: brief comparative look</i> LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO E BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ	93
--	----

CRIME E SOCIEDADE

(In)efetividades e desvalorização do acesso ao direito à saúde no sistema prisional brasileiro <i>(In)effectiveness and devalorization of access to the right to health in the Brazilian prison system</i> BRUNO ROTTA ALMEIDA E GUILHERME CAMARGO MASSAÚ	127
--	-----

Eleições Presidenciais 2018: o discurso populista e a lógica atuarial na campanha eleitoral brasileira

Presidential Elections 2018: the populist speech and the actuarial logic in the Brazilian electoral campaign

DEBORA REGINA PASTANA E DANLER GARCIA 155

Monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil à luz da Criminologia e do Direito Comparado

Electronic monitoring of offenders in Brazil from the perspectives of Criminology and Comparative law

ELLEN RODRIGUES, EDUARDO KHOURY ALVES, OTÁVIO LACERDA DE PAULA SILVA E MARCELLA CAPAZ RODRIGUES PÁDUA..... 185

Populismo Penal: o que nós temos a ver com isso?

Penal Populism: what does that have to do with us?

LUIZ PHELIPE DAL SANTO 225

30 anos de prisão é pouco: a mídia e as propostas de alteração do artigo 75, caput, do Código Penal

30 years of prison are not much: media and proposed changes of article 75, caput, of the Penal Code

RONALDO PIMENTA MENDES 253

Proibicionismo e alternativas

Prohibitionism and alternatives

SEBASTIAN SCHEERER E LUIS CARLOS VALOIS 281

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES..... 311

TEMAS..... 315

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 319

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS.....	331
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>).....	337
EDITAL 1 – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2020.....	339

O LEGADO TECNICISTA NO PACOTE ANTICRIME

THE TECHNICIAN LEGACY IN THE ANTICRIME PACKAGE

FELIPE LAZZARI DA SILVEIRA

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista Capes. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2014). Professor de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal do IPA/Metodista. Autor de livros e artigos sobre Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Advogado.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2738-6914>.
felipe_lsilveira@hotmail.com

RODRIGO OLIVEIRA DE CAMARGO

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista Capes. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2011). Professor de Direito Penal e Processo Penal da ULBRA/Torres. Coordenador Estadual do IBCCRIM no Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão Especial de Prevenção à Corrupção da OAB/RS. Autor de artigos e capítulo de livro sobre Direito Penal e Processo Penal e *Compliance* Anticorrupção. Advogado.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2340-9901>.
rodrigo@rodrigodecamargo.com.br

Recebido em: 05.08.2019

Aprovado em: 17.01.2020

Última versão dos autores: 11.03.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A partir da compreensão da crise que assola as democracias ocidentais e os discursos populistas utilizados como dispositivos de ampliação da complexidade na realidade social, buscar-se-á responder se o Pacote Anticrime realmente representa "um golpe duro contra a criminalidade" e a resolução dos problemas relacionados à violência, assim como o discurso de seus interlocutores, ou se apenas reflete a prática de um discurso antigo que deu origem ao atual CPPB. Nessa esteira, o estudo tem como escopo fazer uma aproximação histórico-teórica do Pacote Anticrime com os influxos autoritários no

ABSTRACT: Based on the comprehension of western democracies crisis and populist discourses used as artifices to increase complexity in social reality, this article seek to answer whether the Anticrime Package really represents "a hard smack" against crime as well as the resolution of violence related problems, as it is said in the speech of its interlocutors, or if it only reflects the practice of and old discourse that gave rise to the current CPPB. In this context, the study aims to make a historical-theoretical approach of the Anticrime Package with the authoritarian inflows in the criminal procedural field, as well

campo processual penal, bem como identificar em sua matriz a permanência dos paradigmas oriundos da processualística italiana da década de 1930. A recorrente ideia de lançar mão dos velhos paradigmas punitivos inquisitoriais para amenizar o problema da criminalidade será criticada, denunciando a ideia central do projeto, vinculada à violação do princípio da presunção de inocência como recurso necessário para o eficiente andamento dos órgãos responsáveis pela distribuição da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime – Presunção de Inocência – Política Criminal – Autoritarismo – Processo Penal – Tecnicismo jurídico.

as to identify in its matrix the permanence of the paradigms from the italian processualistics of the 1930's. The recurring idea of resorting old inquisitorial punitive paradigms to alleviate the problem of criminality will be criticized, denouncing the central idea of the project, linked to the violation of the principle of the presumption of innocence as a necessary resource for the efficient progress of the institutions responsible for the distribution of Justice.

KEYWORDS: Anticrime Package – Presumption of Innocence – Criminal policy – Authoritarianism – Criminal procedure – Legal technicality.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os influxos autoritários do Processo Penal brasileiro. 2. Novo Pacote, velhas soluções. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Entre outros fatores, o Pacote Anticrime também é produto da crise que assola as democracias ocidentais e os discursos populistas utilizados como dispositivos de ampliação da complexidade na realidade social. Neste contexto, voltando nossas lentes a partir do método teórico-histórico, mormente da História das Ideias, propõe-se uma aproximação do Pacote Anticrime com os influxos autoritários no campo processual penal, tendo como objetivo principal identificar em sua matriz a permanência autoritária, mais precisamente as similitudes com a processualística italiana da década de 1930. Para tanto, proceder-se-á uma comparação entre a matriz que orienta o discurso de defesa do Pacote Anticrime e as medidas defendidas por Manzini no momento da produção do *Codice Rocco*.

Com o presente escrito, buscar-se-á responder se o Pacote Anticrime realmente representa um golpe duro contra a criminalidade e a resolução dos problemas relacionados à violência, assim como o discurso de seus interlocutores, ou se apenas reflete a prática de um discurso antigo que deu origem ao atual CPPB. Nossa hipótese é a de que a reforma legislativa – em que pese declaradamente voltada à assunção de um processo acusatório – lança mão dos velhos paradigmas punitivos inquisitoriais para amenizar o problema da criminalidade.

É inegável que, sentindo os reflexos negativos produzidos pelo neoliberalismo, bem como pelo renascimento de movimentos conservadores de extrema direita que ostentam inúmeras características do nem tão velho fascismo, um fenômeno também global, o

Brasil não enfrenta uma situação normal de temperatura e pressão. A sociedade brasileira encontra-se dividida graças às polarizações políticas fomentadas desde as eleições de 2014, acirradas durante o último pleito.

Passadas mais de três décadas desde o fim do regime militar, a democracia brasileira não se consolidou, consequência de um processo lento e desordenado de abertura democrática, marcado pela ausência de políticas e medidas sérias relacionadas à Justiça de Transição. Apesar do retorno do sufrágio universal e do reestabelecimento de muitas liberdades, os problemas sociais mais graves, sobretudo, os imbricados com desrespeito aos direitos básicos dos estratos mais vulneráveis da população, seguiram sendo negligenciados em detrimento e por obra de uma considerável parcela da classe política, cujas características mais expressivas são a prática de atos de dilapidação dos recursos públicos por meio de administrações desastrosas e da corrupção.

Em que pese os picos de melhora, essa dinâmica, que segue acompanhando a conjuntura internacional, acabou culminando em uma realidade marcada por uma grave crise econômica e o consequente aumento do desemprego, da pobreza e de outros problemas sociais, como a criminalidade, perfazendo um cenário extremamente favorável para a manipulação da classe média historicamente descontente com a sua condição (privilegiada) e relutante em aceitar as verdadeiras origens dos problemas do país¹.

Emergem os discursos populistas dentro da sociedade, caracterizados por construções subjetivas e formas hostis de atuação política que não poupam o enfrentamento com as instituições representativas da democracia². O populismo apela à convergência de interesses e se apresenta como condição necessária para o cumprimento dos anseios de maiorias que se consideram excluídas, desprivilegiadas ou ameaçadas por inimigos – a fixação no inimigo é elemento característico e catalizador da polarização entre *nós* e *eles*. É uma ideia política ambígua e, mais do que uma realidade, um dispositivo ideológico a serviço da promoção de conflitos nas relações³.

O resultado desse processo de degradação da democracia foi a divisão da sociedade brasileira e a assunção de um governo de extrema direita que tem se mostrado mais sensível aos interesses do mercado do que ao cumprimento dos direitos políticos e sociais consagrados na Constituição Federal. Diante desse ambiente de rivalidade política, cujo engajamento por parte dos cidadãos e os episódios de hostilidade têm sido de causar inveja às mais tradicionais rivalidades mundiais, tentar proceder uma reforma que altera pontos nevrálgicos de um sistema de justiça criminal sabidamente falido parece ser uma medida equivocada.

1. Cf. SOUZA, Jessé. *A classe média no espelho*. Sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.

2. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 50-53.

3. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 159-160.

Tanto o papel governamental nas formas de representação democrática quanto o papel normativo do Direito vêm sofrendo, em todas as democracias ocidentais, um processo de esvaziamento em decorrência da falência na soberania Estatal, da crise das representações partidárias, da multiplicação dos conflitos de interesses, e, sobretudo, da sobreposição dos interesses transnacionais, econômicos e financeiros, em detrimento das agendas públicas e sociais. Isso desagua em um flagrante processo de desconstrução dos ordenamentos jurídicos, de dismantelamento do estado social e na consequente fragilização de toda a sorte de direitos fundamentais por meio de medidas que dificultam o acesso à saúde, à educação e ao trabalho, aquilo que Ferrajoli chamará de “erosão da dimensão substancial da democracia”, resultado de um conjunto de medidas decisionistas, populistas, tendencialmente absolutistas e flagrantemente inconstitucionais⁴.

Em contextos sensíveis é temerário que se apresentem soluções simplistas que tratam de realidades complexas e, mais do que atender os interesses de uma parcela indignada da população, abalam com todas as estruturas das garantias cidadãs conquistadas a duras penas e lutas contra o avanço dos arbítrio e violência estatal produzidos durante muitos episódios que hoje gostaríamos de poder apagar da história da humanidade. Quando os ânimos estão exaltados, pessoas são capazes de rechaçar argumentos adequados e concordar com os equivocados para manter a coerência com a ideologia que defendem ou por orgulho.

Surge, então, o Pacote Anticrime, que sinaliza com a velha fórmula mágica, que historicamente logrou êxito apenas na utopia de alguns operadores do direito e do senso comum, baseada no aumento das punições. Um projeto que pretende recrudescer as leis penais e processuais penais e ainda promover operações policiais coordenadas visando a imprimir mais eficiência no combate à criminalidade, reduzindo a impunidade, o que seria uma resposta às demandas por mais segurança da população brasileira. O objetivo medular, enquanto Projeto de Lei Anticrime, declaradamente consistiu em “enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal”, discurso securitário que se diferencia muito pouco do velho tecnicismo jurídico fascista, cujo principal objetivo, segundo seus teóricos, seria o de tornar o sistema de justiça criminal mais eficiente na defesa da sociedade.

Mesmo que o governo tivesse demonstrado interesse em debater o Projeto, o que parece não ter sido o caso, o momento não foi o adequado para se tentar proceder modificações em um campo que normalmente já desperta paixões e pulsões. Ainda que a democracia brasileira estivesse apresentando um quadro de normalidade (situação que em hipótese alguma deve ser confundida com a existência de um consenso generalizado ou com a ausência de conflitos de interesses, de debates acalorados, ou seja, do dissenso)⁵,

4. FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico e proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta, 2015. p. 135-143.

5. Cf. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Edipro, 2017.

simplesmente não parece ter sido de boa-fé sonegar à população a informação da existência de um Projeto de um novo Código de Processo Penal, suficientemente discutido nas casas legislativas em inúmeros debates que contaram com a colaboração e considerações técnicas de diversos órgãos de representação da sociedade civil e de juristas, das mais diversas orientações, entre eles o próprio signatário do Pacote, ainda enquanto membro da magistratura federal.

A rapidez com que foi apresentado o Projeto de Lei Anticrime não foi um movimento incoerente, tendo em vista que o combate ao crime organizado e à corrupção sempre foram as principais bandeiras levantadas pela chapa vencedora da campanha eleitoral. Em uma sociedade amedrontada pela criminalidade, fenômeno diuturnamente explorado pelos *mass media* e pelos movimentos de lei e ordem que agora também se avolumam nas redes sociais, é evidente que os discursos punitivistas em tom desmedido teriam uma boa recepção por parte de muitos eleitores e certamente foi decisivo para o resultado das urnas. A própria flexibilização do Estatuto do Desarmamento nos primeiros dias de governo – medida que teve como justificativa a necessidade de se fortalecer o direito de defesa do cidadão – foi uma clara sinalização no sentido de que a promessa de combate ao crime a qualquer custo seria cumprida.

1. OS INFLUXOS AUTORITÁRIOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em que pese o tom modernizador de algumas propostas, não é forçoso deduzir que as orientações alinhadas enquanto Projeto de Lei se mostravam bastante perfiladas às dos juristas do fascismo que, na verdade, promoveram uma readequação dos paradigmas inquisitórios de acordo com as necessidades enfrentadas pelo regime político ao qual serviam, tarefa que foi procedida por meio de uma orientação que, posteriormente durante o Estado Novo, seria introjetada na nossa cultura jurídica e nas legislações penal e processual penal.

Essa aproximação se mostrou bastante evidente já nas primeiras manifestações oficiais, quando o Governo, para o cumprimento de suas principais metas de combate ao crime organizado, à corrupção e aos crimes violentos, apontou a mesma velha fórmula para resolver o problema da criminalidade, seguindo o histórico de acreditar que o endurecimento das penas é a única solução para o problema criminal, mesma tônica que vem sendo utilizada pelos governantes – das mais diversas orientações políticas – ao passar dos anos, sem que haja qualquer efeito prático: ela logrou êxito não apenas na utopia de alguns operadores do direito e do senso comum, mas também para contribuir – sobretudo, desde a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos – com a proliferação das facções criminosas no ambiente prisional, já que, e isso não é novidade para ninguém, o Brasil figura no pódio que reúne os países que mais encarceram no mundo, uma das principais causas do exponencial incremento da violência urbana.

A justificação da guerra contra a criminalidade tem como eixo central o discurso da segurança, que faz reaparecer a diferença entre os indivíduos. Os considerados criminosos são separados dos demais cidadãos em decorrência de características específicas, não raro generalizadas por estratos da sociedade ou origens. A retórica justificativa dessa guerra se vale de frases e expressões aceitas no meio social (“bandido bom é bandido morto”) e não é algo novo, mas vai ser ampliada e reforçada por toda a cultura da prevenção que tem início na sociedade global após os acontecimentos de 11 de setembro nos Estados Unidos, episódio que revigora sentimentos de medo e de insegurança diante de ameaças internas e externas e reestabelecem novos limites entre *nós* e *eles*⁶.

Importa retomar o processo de transição democrático inacabado, especialmente a ausência das medidas de Justiça de Transição mencionadas no introito, uma vez que tal característica impediu que a sociedade brasileira se despisse das heranças dos períodos autoritários após a promulgação da Constituição da República de 1988. Após o fim dos anos de chumbo, o Brasil não promoveu a responsabilização dos ditadores e agentes de segurança que praticaram crimes contra a humanidade, não estabeleceu, para além da forma, políticas de memória e tampouco reformou suas instituições (polícias, justiças etc.).⁷ Desse modo, não se deve estranhar que a sociedade e suas estruturas tenham seguido repetindo o autoritarismo do passado, realidade que o processo penal é pródiga em demonstrar. Não à toa seguimos utilizando um Código de processo inspirado no *Codice Rocco* – um dos maiores monumentos jurídicos do Fascismo – e, agora e uma vez mais, remendando-o com outros dispositivos autoritários, ainda que camuflados de alguns elementos típicos do processo acusatório democrático.

A ideia de tornar o sistema de justiça criminal mais eficiente por meio de uma legislação mais dura e de uma interpretação técnica e acrítica, bem como da sobreposição dos interesses estatais – e coletivos – aos direitos e garantias individuais, já se fazia bem clara na histórica conferência proferida por Arturo Rocco na Universidade de Sassari em 1910, manifestação esta que é considerada o marco inicial do tecnicismo jurídico. É coerente que Rocco tenha situado a defesa social como principal objetivo do sistema de justiça criminal, na medida em que compreendia que o direito de punir do Estado tinha sua raiz no interesse coletivo ou social na proteção dos bens indispensáveis à vida em sociedade⁸.

Implodir com a presunção de inocência e outras garantias para torná-las mais pragmáticas e eficientes em sua suposta missão de promover a defesa social também já se

6. PITCH, Tamar. *La sociedad de la prevención*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009. p. 165-66.

7. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A ambiguidade da anistia no Brasil: memória e esquecimento na transição inacabada. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). *Direitos humanos atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

8. ROCCO, Arturo. *Sul concetto del diritto subietivo di punire*. Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari. Vol. III. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1933. p. 148.

fazia presente no pensamento de Manzini⁹, que, mais do que um tecnicista, foi um fascista ferrenho. Segundo o jurista “*camicia nera*”¹⁰ (certamente um dos doutrinadores italianos daquele período que mais influenciou a processualística penal brasileira), que se declarou contrário ao liberalismo jurídico da Escola Clássica e simpatizante do sistema processual inquisitório¹¹, diante de sua função precípua de defender a sociedade contra o crime¹², o processo deveria ser necessariamente menos leniente com os delinquentes¹³.

Em seu raciocínio, em um contexto no qual o absolutismo já não se fazia mais presente, o poder punitivo não poderia ser obstaculizado por garantias que não faziam mais sentido e que, na prática, serviam apenas para protelar a realização da justiça. Nessa esteira, compreendia a presunção de inocência como sendo emblemática, considerando que nenhum cidadão era processado por acaso e que, quando a perquirição fosse marcada por um equívoco, o juiz em sua missão de buscar a verdade certamente descobriria e faria cessar a injustiça. Para Manzini, a única presunção que deveria prevalecer no processo penal seria a de culpa¹⁴.

Além de depreciar a presunção de inocência, o jurista, que defendeu abertamente a pena de morte graças à sua eficiência¹⁵, também se manifestou favoravelmente ao enxugamento dos recursos e a supressão das nulidades, argumentando que se tratavam de elementos protelatórios cujo resultado, na maioria esmagadora das vezes, era a

9. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice*. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1931. p. 176-177; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice*. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1931. p. 180-181.

10. Expressão utilizada pelo Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho para adjetivar o jurista italiano Vincenzo Manzini. Cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 175, junho/2007.

11. MANZINI, Vincenzo. *Dei limiti dell'intervento della difesa nella istruttoria penale secondo la teoria dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Stab. Tip. Marino Bellinzaghi, 1906. p. 06; 10 e 14.

12. MANZINI, Vincenzo. *La crisi presente del Diritto Penale*. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dello ano académico 1899-900 nell'Università Di Ferrara. Ferrara: Tip. Taddei, 1900. p. 14-15; MANZINI, Vincenzo. La política criminal e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita. *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Unione Tipografico Editrice-Torinese, Torino, v. LXXIII, 1911. p. 06-07.

13. MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Procedura Penle e di Ordenamento Giudiziario*. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920. v. I. p. 95.

14. Idem.

15. MANZINI, Vincenzo. La política criminal e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita. *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Unione Tipografico Editrice-Torinese, Torino, Vol. LXXIII, 1911.

impunidade¹⁶. Esse pensamento tecnicista de Manzini ganhou vida prática quando foi consubstanciado no *Codice Rocco*, uma legislação processual autoritária que preconizava um modelo de processo inquisitorial¹⁷.

A matriz principiológica inquisitória e as intenções políticas do Regime Fascista transformadas em dispositivos aparentemente técnicos pela doutrina tecnicista jurídica já haviam sido perfeitamente sistematizadas nos projetos preliminar e definitivo do novo diploma. Em que pese o discurso presente nos documentos redigidos por Manzini ter dado conta de que os acusados teriam suas garantias respeitadas, a promulgação do Código, em 1931, representou um drástico retrocesso em relação ao Código liberal, cuja operacionalidade também havia se mostrado autoritária e seletiva¹⁸.

Em perfeita sintonia com a orientação tecnicista embebida na razão fascista, a ideia de processo penal cristalizada no código de processo elaborado solitariamente por Manzini não desprezou alguns princípios e garantias liberais, porém, lhes retirou a substancialidade. Outra conclusão seria impossível, na medida em que os espaços da defesa técnica, a ampliação das possibilidades de prisão, a redução dos recursos, a supressão dos princípios da presunção de inocência e da proibição do *reformatio in pejus* radicalizaram a essência inquisitória do processo penal italiano¹⁹.

É preciso sublinhar que, por força do prisma tecnicista, o novo código fascista tornou os institutos mais flexíveis do direito liberal ainda mais manipuláveis ou relativizáveis, permitindo não apenas a maximização do autoritarismo no processo, mas também o encapsulamento dessa característica no discurso de respeito às garantias, uma dinâmica bastante harmoniosa com aquele regime político. Em que pesem as rupturas, é possível constatar que o processo penal fascista foi edificado sobre a matriz liberal – mais precisamente sobre a estrutura bifásica napoleônica –, com a qual manteve inúmeras contiguidades²⁰.

Não há dúvidas de que a Ditadura de Mussolini falsificou a legalidade, princípio fundador do sistema de justiça criminal de qualquer Estado de Direito, com o objetivo de

16. MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Procedura Penale e di Ordenamento Giudiziario*. Vol. I. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920. p. 51.

17. Cf. CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966; CORDERO, Franco. *La riforma dell'istruzione penale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano VI, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, 1963; CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

18. Cf. LACCHÈ, Luigi. *La giustizia per i galantuomini*. *Ordine e libertà nell'Italia liberale: Il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*. Milano: Giuffrè, 1990.

19. Cf. Progetto Preliminare di un nuovo código di procedura penale com la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco. In: *Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*. Roma: Tipografia Delle Mantellate, 1929. v. III.

20. MILETTI, Marco Nicola. *Giustizia penale e identità nazionale*. *Quaderni Fiorentini*. Per la historia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, v. 45, 2016. p. 691-692.

impor suas regras e assegurar o processo de disciplinamento da sociedade italiana. Os fascistas estabeleceram uma espécie de legalidade de fachada, uma vez que mantiveram os princípios do *nulla poena sine legge* e do *nulla poena sine iudicio*, porém, completamente esvaziados de seus sentidos²¹.

O tecnicismo jurídico contribuiu diretamente para a consagração da falsa ideia de que aquele tipo de legalidade seria eficiente para combater a criminalidade e também para proteger os cidadãos contra qualquer tipo de abuso por parte do Estado²². Sendo assim, parece-nos acertado inferir que o tecnicismo jurídico reforçou as características de um liberalismo extremamente reacionário, pois, se de um lado argumentou que, ao contrário do que ocorria na Inquisição, o acusado não poderia ser tratado como um objeto; de outro, promoveu a retirada e a relativização de inúmeras garantias, situando o mesmo e sua defesa em um patamar bem inferior ao ocupado pela acusação. À vista disso, resta claro que os cânones do liberalismo reacionário foram fundamentais para que os tecnicistas a serviço do fascismo conseguissem dar uma nova roupagem ao legado inquisitório que ditaria o compasso do sistema de justiça criminal italiano dali em diante²³.

A essência oriunda dessas ideias autoritárias que se valeram dos velhos paradigmas inquisitórios não se fez presente na primeira versão do Projeto de Lei Anticrime por acaso, como se cópias das propostas contidas nas obras dos juristas do fascismo. A dinâmica é bem mais complexa, pois, ainda que alguns pontos sejam dignos de aplausos, o que também se materializou no Pacote é, e, sobretudo, no campo das medidas propostas para endurecer o cumprimento das penas, o sedimento de uma cultura jurídico-penal que foi importada pelo Brasil e aprimorada pela doutrina e pela jurisprudência ao longo de mais de sete décadas.

Em que pese ser compreendida por muitos como liberal, antes mesmo da presença da razão tecnicista-fascista, nossa cultura jurídico-penal moderna foi forjada sobre um pensamento antidemocrático que já havia desenvolvido concepções bastante peculiares de Estado (de Direito) autoritário e de democracia²⁴. Na Exposição de Motivos do Cód-

21. MILETTI, Marco Nicola. Giustizia penale e identità nazionale. *Quaderni Fiorentini*. Per la historia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, v. 45, 2016. p. 694-695.

22. MILETTI, Marco Nicola. Giustizia penale e identità nazionale. *Quaderni Fiorentini*. Per la historia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, v. 45, 2016. p. 698-699.

23. MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Procedura Penale e di Ordenamento Giudiziario*. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920. v. I. p. 472.

24. Sobre o pensamento autoritário brasileiro baseado na supervalorização dos interesses estatais frente aos individuais que preparou o terreno para a incorporação dos preceitos jurídicos fascistas durante o Estado Novo de Vargas, cf. VIANNA, Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. São Paulo: Monteiro Lobato e C^a Editores São Paulo, 1923; VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra do Sol, 1927; TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Primeira Parte: A Constituição. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914; TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro: Introdução a um programa de organização nacional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Nacional;

go de Processo Penal de 1941 é possível reparar não apenas referências aos juristas italianos que atuaram diretamente no processo de recodificação operado pelo fascismo, mas também uma estreita aproximação discursiva e argumentativa com suas orientações²⁵.

No entanto, deve-se alertar que é demasiado reducionista compreender a legislação processual penal brasileira como uma simples cópia do *Codice Rocco*, tendo em vista que, independentemente das semelhanças presentes em seus comandos (leia-se: regime de ação penal pública, sistemas de competência, de cautelares e de nulidades), a contiguidade entre os diplomas escapam da morfologia dos textos codificados²⁶.

2. NOVO PACOTE, VELHAS SOLUÇÕES

O contexto atual apresenta componentes semelhantes aos que se fizeram presentes na conjuntura que deu origem ao fascismo e a outros regimes autoritários ao redor do mundo na primeira metade do século XX. Elementos como a crise econômica, a descrença na política, o medo dos “inimigos” (posição que hoje é ocupada pelos estereótipos do criminoso comum, do criminoso do “colarinho branco”, do terrorista, do imigrante pobre) etc.²⁷, e que por isso tem sido propício para o surgimento de movimentos que guardam a mesma essência. Apesar do destaque que vem recebendo desde que condenou um dos presidentes mais populares da história do Brasil à prisão, o signatário do projeto não é o único jurista (e não era o único juiz) a conceber o processo sob um prisma autoritário.

Do mesmo modo ao que ocorre com a extensa gama de operadores do Direito que compartilham das mesmas ideias, seu pensamento pode ser considerado resultado de uma cultura autoritária pré-existente, há muito presente, que historicamente ganha força nos momentos de crise e impede que seus seguidores reconheçam que os velhos paradigmas punitivos são incapazes de amenizar o problema da criminalidade, como há muito apontam as pesquisas realizadas no âmbito da criminologia crítica.

A recorrente ideia de lançar mão dos velhos paradigmas punitivos inquisitoriais que, em algumas ocasiões, até pode ter saciado a sede de vingança de muitos, mas jamais

Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982; CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

25. Cf. CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. *Revista Forense*, v. 38, n. 88, p. 627-636, out./dez. 1941.

26. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2. p. 232-238.

27. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: Entes políticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

obtivera sucesso em amenizar o problema da criminalidade, é fruto da nossa própria cultura jurídico-penal autoritária. Como bem explicou Chauí, “o pensamento autoritário livra-se da exigência perturbadora de defrontar-se com o que ainda não foi pensado”²⁸, bloqueio este que, ao nosso juízo, demonstra claramente o tipo de pensamento que guia a cultura jurídico-penal e as políticas criminais no Brasil, bem como a origem de seu constante fracasso. No que diz respeito ao campo processual penal, a presença do legado inquisitório rearranjado sob prisma tecnicista-fascista é mais do que evidente.

A doutrina ainda é marcada por uma concepção confusa sobre os sistemas processuais, que é fruto da negligência diante da complexidade que envolve o exercício da jurisdição penal. A legislação ainda é a mesma que, conforme mencionamos antes, foi inspirada no *Codice Rocco*, uma legislação fascista, e que mesmo após diversas reformas parciais e da recente inserção de figuras oriundas de sistemas de matriz acusatória, como o juiz de garantias, o acordo de não persecução ou a cadeia de custódia, segue tendo como princípio unificador o princípio inquisitório, que compromete a imparcialidade do juiz ao lhe autorizar a gestão probatória²⁹, em flagrante afronta à abertura democrática. A jurisprudência pátria, por sua vez, reflete tudo isso, pois demonstra a simpatia que muitos de nossos juízes guardam pelas soluções autoritárias que dão primazia ao interesse público em detrimento das garantias individuais em pleno regime constitucional democrático.

Nesse momento em que o discurso liberal retorna com expressividade visando a fortalecer o projeto neoliberal, o pensamento securitário e policialesco é visto como extremamente coerente perante os olhos do grande público. Inevitavelmente, o neoliberalismo segue duas vias: em uma delas, devido a ampliação dos mercados e da comunicação entre os *players*, permite com que poucos aumentem consideravelmente seus ganhos; por outra, ele repassa todos os custos sociais desse regime, problemas nefastos cuja origem é global, mas que tem a maioria de seus reflexos localizados nos países menos desenvolvidos que, por força da fragilidade econômica, não conseguem barganhar outro destino no jogo do mercado que não seja fornecer mão de obra barata e assumir os piores riscos.

O Brasil, que ao contrário dos países europeus nunca consolidou o *welfare state*, adentra de vez no cenário neoliberal carregando inúmeros problemas, entre eles o da criminalidade, que tenderão a se agravar com a consolidação da proposição. Em uma dinâmica insustentável como a neoliberal³⁰, o meio mais rápido e econômico de se conter o resíduo composto pelas mais diversas mazelas sociais, conforme os exemplos

28. CHAUI, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013. p. 28-132.

29. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por Decreto*. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais*. Florianópolis: Emais Editora, 2020, p. 35-43.

30. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 75.

de outros países inseridos nessa conjuntura vêm demonstrando, é o recrudescimento do controle penal sobre os indivíduos excluídos ou descomprometidos com a razão neoliberal³¹. No Brasil, que desde a escravidão destina como único recurso o aparelho policial para governar a população mais vulnerável que vive nas ruas ou nas regiões periféricas das cidades, a adequação aos modos de controle neoliberal não deverá ser difícil.

O Pacote Anticrime parece seguir esse caminho, eis que vem desacompanhado de quaisquer outros tipos de medidas direcionadas aos diversos fatores que produzem e fazem proliferar as condutas criminosas mais comuns. Em suma, se resume ao recrudescimento da lei penal e processual penal por meio da subtração ou relativização de garantias previstas na Carta Magna de 1988.

A presunção de inocência, principal afetada, é uma das conquistas individuais mais importantes para o exercício da cidadania e um dos mais essenciais monumentos do Estado Democrático de Direito, eis que, além de balizar tratamento do cidadão processado, que em hipótese alguma deve ser tratado como culpado, como ocorria nos períodos absolutista e inquisitorial, também tem o condão de evitar o encarceramento de pessoas que possam vir a ser inocentadas. Possui origens remotas, mas ganhou forma definitiva após a consolidação das democracias após a Segunda Guerra, restando positivado no art. XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem e em outros tratados, bem como nas constituições de todos os países democráticos,³² incluindo a brasileira promulgada em 1988, que, em seu artigo 5º, LVII, dispõe taxativamente que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]”, desse modo, não deve ser suprimido – ainda mais por força de uma lei ordinária – sob pena de se destruir um dos elementos mais substanciais da democracia.³³

Dentre tantos outros dispositivos que almejam a relativização de direitos e garantias fundamentais, o desprezo pela presunção de inocência em suas diversas formas é um dos pontos mais contestáveis e abjetos da reforma produzida pela Lei Anticrime, cristalina materialização da razão fascista que, encapsulada no tecnicismo jurídico que pregava um processo penal mais pragmático e eficiente, influenciou profundamente nossa cultura

31. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os Desafios do Processo Penal do Estado Democrático de Direito: A Sociedade Internético-Personocêntrica. *Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, 18 set. 2014. Disponível em: [www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2014/10/Confer%C3%AAncia-18SET2014-1.pdf]. Acesso em: 24.06.2019. p. 03.

32. Cf. MORAES, Maurício Zanoide. *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.

33. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2009; FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvages*: la crisis de la democracia constitucional. Madrid: Minima Trotta, 2011.

jurídico-penal.³⁴ É notório que o discurso dos defensores do Projeto se aproximam sobremaneira das justificativas dos juristas italianos que cunharam a processualística anti-democrática que foi absorvida pela doutrina e pela legislação processual penal brasileira na primeira metade do século XX.

O raciocínio que pretende combater a criminalidade tornando o processo mais eficiente e que compreende as garantias como obstáculos para tal intento está escancarado nas obras dos tecnicistas Arturo Rocco e Vincenzo Manzini,³⁵ juristas que prestaram valiosos préstimos ao Regime Fascista ao promoverem a readequação dos velhos paradigmas inquisitoriais por meio de novas roupagens, manipulação que assegurou a permanência dos mesmos no processo penal hodierno³⁶. Alinhado à razão neoliberal, esse discurso ganha suas dimensões próprias, eis que o local de referência antes ocupado pela norma é deslocado para a lógica econômica e a categoria direito fundamental é praticamente implodida, substituída por princípios que melhor atendam aos interesses do mercado. O sistema jurídico, por sua incapacidade de garantir os dogmas (propriedade e contrato) e ineficiência, passa a ser encarado como um dos principais obstáculos ao crescimento econômico e isso demanda um realinhamento com a nova ordem mundial. A busca pela garantia de Direitos Fundamentais é encarada como um fator prejudicial e a presunção de inocência também: um instituto supérfluo, sem lógica, e de que um processo técnico *per si* asseguraria a realização da justiça³⁷.

Estas ideias presentes no núcleo central do Pacote apresentado para “destravar” o processo penal em nome da eficiência do combate ao crime não são novas, pois já foram “testadas” diversas vezes ao longo da história, e por isso também são passíveis de críticas. A historiografia mostra que o Princípio da Presunção de Inocência é de fundamental importância, eis que evitou inúmeros casos de injustiça. Suprimi-lo seria uma afronta à democracia e principalmente à lógica da civilidade.

34. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

35. Cf. ROCCO, Arturo. *Sul concetto del diritto subietivo di punire*. Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1933. v. III; ROCCO, Arturo. *Il problema e il método della scienza del diritto penale*. Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1933. v. III; MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Procedura Penale e di Ordinamento Giudiziario*. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920. v. I; MANZINI, Vincenzo. *Dei limiti dell'intervento della difesa nella istruttoria penale secondo la teoria dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Stab. Tip. Marino Bellinzaghi, 1906; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano secondo Il codice del 1930*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1933. v. I.

36. Cf. GARLATI, Loredana. *L'inconscio inquisitorio*. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

37. ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo Garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 133-137.

CONCLUSÃO

Em sentido amplo, a principal crítica de cunho operacional que se deve fazer ao Pacote Anticrime é a de que ele utiliza como linha mestra a ideia de que o recrudescimento do sistema de justiça criminal serve como solução para o problema da criminalidade que perturba a sociedade brasileira. Desde que de acordo com os princípios democráticos, a alteração do sistema de justiça criminal por parte de um governo, tanto na direção de seu recrudescimento como na de sua flexibilização (medidas que são sempre e legitimamente questionáveis), não configura nenhum absurdo. Problemático é, no entanto, quando um governo negligencia a ciência, inclusive os dados obtidos por meio de pesquisas empíricas sérias, para consolidar uma reforma que debela direitos e garantias em nome de benefícios políticos, ou seja, que por sua essência afronta o próprio diploma constitucional que lhe garante a legitimidade.

Em que pese agradar a parcela da população brasileira que vive amedrontada frente aos elevados índices de criminalidade e não têm obrigação nenhuma de conhecer a complexidade que envolve o tema, não pairam dúvidas de que o Pacote Anticrime apresenta pontos eivados de inconstitucionalidade, e que, por desconsiderar o que a criminologia vem demonstrando ao longo das últimas décadas, condena-o ao fracasso em seu objetivo de combater a criminalidade. É relevante considerar que os próprios membros do governo vêm defendendo publicamente que o Pacote é impelido por esse objetivo, mas, em momento algum, propõem medidas extrapenais, sobretudo, políticas públicas direcionadas a resolver os problemas sociais que historicamente contribuem para a proliferação da criminalidade e que certamente poderiam auxiliar a amenizar o problema. Tampouco apresentam soluções às crises estruturais que circundam o sistema de distribuição de justiça criminal, outra grande responsável pelo implemento exponencial da criminalidade.

Há muito a criminologia, amparada por outros saberes, desmentiu o paradigma etiológico construído pelos positivistas, alertando para o fato de que o crime é uma construção social e política e que, mesmo sob esse prisma, as condutas consideradas delinquentes não possuem uma única origem ou explicação, eis que são motivadas por fatores de cunho biopsicossocial extremamente complexos³⁸. Desse modo, já se sabe que é inviável solucionar o problema da criminalidade com medidas estritamente punitivas e genéricas. Além disso, a ciência também já demonstrou que, quanto maior a desigualdade e o estado de vulnerabilidade (que se dá por inúmeros motivos) social dos indivíduos, o ambiente se torna mais propenso para a ocorrência de determinados crimes.

No caso do Brasil, parece claro que os elevados índices de criminalidade poderiam ter sido reduzidos se, ao longo do tempo, os governos – que foram ocupados por inúmeras

38. Cf. CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema Penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, Reconhecimento*. O controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014; BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

correntes políticas – tivessem suprido os direitos básicos e implementado políticas públicas eficientes que garantissem a dignidade da parcela mais vulnerável da população, que é de onde o sistema de justiça criminal retira a maior parcela de sua clientela³⁹. Mesmo que tivesse sido apresentado acompanhado por outras medidas, não teria chances de êxito e inclusive poderia anular os bons efeitos das políticas e medidas alternativas até então praticadas, visto que é apoiado na ideia do encarceramento máximo que, historicamente, teve um efeito reverso na medida em que sempre produziu mais criminalidade⁴⁰, hipótese essa que é confirmada por inúmeras pesquisas desenvolvidas no campo e pela própria realidade brasileira.

O afã em dar uma resposta para a sociedade e colocar em andamento um projeto de governo cuja política criminal encontra-se sustentada na relativização de direitos e garantias individuais coincide com as mesmas práticas discursivas que deram origem ao atual CPPB, estando a reforma promovida pelo Pacote Anticrime ancorada nos velhos e surrados paradigmas punitivos inquisitoriais para amenizar o problema da criminalidade. Mesmo não havendo garantias quanto à plena democratização, entendemos que o modo mais adequado de amenizar o autoritarismo no processo penal brasileiro ainda é do enfrentamento global, da coragem em promover reformas legislativas e estruturais profundas orientadas por um modelo processual acusatório, o que poderia ser feito com a promulgação do PL 8.045/2010: sua estrutura, mesmo não sendo perfeita, apresenta dispositivos que ostentam potencial para constranger epistemologicamente o magistrado, diminuindo as chances de posturas contrárias aos princípios democráticos consagrados na Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

39. Seja por força de condenação ou de prisão cautelar, a maioria esmagadora da massa carcerária no Brasil é composta por pessoas pertencentes aos estratos economicamente menos privilegiados da sociedade, sendo a maioria delas jovens e detentoras de pouca instrução. Cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. I; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

40. Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Edipro, 2017.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. In: *Revista forense*, v. 38, n. 88, p. 627-636, out./dez. 1941.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema Penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, Reconhecimento*. O controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (Org.). *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. I.
- CHAUI, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Belo Horizonte: Autêntica Editora; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.
- CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966.
- CORDERO, Franco. La riforma dell'istruzione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, ano VI, Nuova Serie, 1963.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. t. I.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvages*. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Minima Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico e proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARLATI, Loredana. *L'inconscio inquisitorio*. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *O garantismo inquisitório brasileiro*: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. v. 2.

- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Crônica de um suicídio anunciado: o garantismo inquisitório brasileiro ou de como um sistema acusatório não pode ser construído por Decreto. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais*. Florianópolis: Emais Editora, 2020.
- LACCHE', Luigi. *La giustizia per i galantuomini*. Ordine e libertà nell'Italia liberale: Il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913). Milano: Giuffrè, 1990.
- MANZINI, Vincenzo. *La crisi presente del Diritto Penale*. Discorso inaugurale pronunciato per l'apertura dello ano acadêmico 1899-900 nell'Università Di Ferrara. Ferrara: Tip. Taddei, 1900.
- MANZINI, Vincenzo. *Dei limiti dell'intervento della difesa nella istruttoria penale secondo la teoria dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Stab. Tip. Marino Bellinzaghi, 1906.
- MANZINI, Vincenzo. La política criminal e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita. *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Unione Tipografico Editrice-Torinese, Torino, v. LXXIII, 1911.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Procedura Penale e di Ordenamento Giudiziario*. Torini: Fratelli Bocca Editori, 1920. v. I.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il Nuovo Codice*. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfica – Editrice Torinese, 1931.
- MANZINI, Vincenzo. *Giustizia penale e identità nazionale. Quaderni Fiorentini*. Per la historia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, v. 45, 2016.
- MANZINI, Vincenzo. *Il problema e il método della scienza del diritto penale*. Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1933. v. III.
- MANZINI, Vincenzo. *Sul concetto del diritto subietivo di punire*. Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1933. v. III.
- MILETTI, Marco Nicola. *Giustizia penale e identità nazionale. Quaderni Fiorentini*. Per la historia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, Milano, v. 45, 2016.
- MORAES, Maurício Zanoide. *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.
- PITCH, Tamar. *La sociedad de la prevención*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.
- ROCCO, Arturo. *Sul concetto del diritto subietivo di punire*. Opere Giuridiche. Scritti giuridici vari. Roma: Società Editrice Del Foro Italiano, 1933. v. III.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Constitucionalismo Garantista: notas lógicas*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- SOUZA, Jessé. *A classe média no espelho*. Sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: Entes políticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Primeira Parte: A Constituição. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.
- TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro: Introdução a um programa de organização nacional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os Desafios do Processo Penal do Estado Democrático de Direito: A Sociedade Internético-Personocêntrica. *Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, 18 set. 2014. Disponível em: [www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2014/10/Confer%C3%A2ncia-18SET2014-1.pdf]. Acesso em: 24.06.2019.
- VIANNA, Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*. São Paulo: Monteiro Lobato e C^a Editores São Paulo, 1923.
- VIANNA, Oliveira. *O idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra do Sol, 1927.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O Projeto de Lei Anticrime, de Guilherme de Souza Nucci – RT 1010/77-91 (DTR\2019\42279).

CONDUTA ALTERNATIVA CONFORME AO DIREITO E INCREMENTO DO RISCO: QUAIS OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA CAUSAÇÃO DE UM RESULTADO LESIVO AO BEM JURÍDICO?*

THE ALTERNATIVE CONDUCT ACCORDING THE LAW AND INCREASED RISK THEORY: WHAT ARE THE LIMITS OF CRIMINAL LIABILITY FOR CAUSING A HARMFUL RESULT TO LEGAL INTEREST?

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Ex-professor da Universidade Federal Fluminense. Professor do IBMEC-SP. Advogado criminalista.
ORCID: orcid.org/0000-0002-3168-2492.
jpmart@terra.com.br

JANICE SANTIN

Mestra em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Penal e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista.
ORCID: orcid.org/0000-0001-6240-659X.
janicesantin@icloud.com

Recebido em: 19.09.2019

Aprovado em: 19.02.2020

Última versão dos autores: 27.02.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a relevância dos comportamentos alternativos conforme ao direito para a verificação da realização do risco no resultado. Para tanto, parte-se da contextualização do problema proposto e, em

ABSTRACT: The present paper intends to analyze the relevance of alternative behaviors according to the law to verify the realization of risk in the outcome. To do so, it starts from the contextualization of the proposed problem and, then, it

* Agradecemos ao Prof. Dr. Luís Greco, Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt, de Berlim, pela revisão e pelas importantes considerações sobre o texto.

seguida, procede-se à confrontação das construções dogmáticas desenvolvidas para a solução da problemática por meio da verificação da eficácia da proibição da conduta, sob uma perspectiva *ex post*, para a proteção do bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal – Teoria do delito – Imputação objetiva – Comportamento alternativo conforme ao direito – Teoria do aumento do risco.

proceeds to confront developed dogmatic constructions to solve the problem by verifying the effectiveness of the prohibition of conduct, under an *ex post* perspective, for the protection of the legal interest.

KEYWORDS: Criminal law – Theory of Crime – Theory of Objective Imputation – Alternative conduct according the law – Theory of Increased Risk.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O comportamento lícito alternativo como critério de imputação objetiva do resultado. 2.1. A teoria do nexo (ou teoria da evitabilidade). 2.2. A teoria do fim de proteção da norma. 2.3. A teoria do incremento do risco. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A resolução de problemas concretos não raro tem levado a indagações sobre a tipicidade da conduta praticada, cujo consenso, apesar da relevância prática fundamental da resposta, ainda está longe de ser alcançado na doutrina e na jurisprudência. Pode haver desvalor do resultado quando uma conduta lícita do autor não teria, na situação concreta, melhorado a situação do bem jurídico sob uma perspectiva *ex post*? Qual a solução mais adequada nos casos em que há dúvida quanto à evitabilidade do resultado ou sobre a existência de incremento do risco criado *ex ante*? Como deve ser resolvido o problema dos casos de causalidade cumulativa, em que uma conduta lícita hipotética não teria, no caso concreto, beneficiado o bem protegido?

O exame dessas questões é importante para esclarecer se os comportamentos alternativos conforme ao direito devem realmente ser levados em consideração para a definição da responsabilidade penal e como devem ser tratadas as circunstâncias de dúvida, que são problemas vistos com frequência na prática forense, principalmente nos casos que envolvem atividades em si perigosas, mas necessárias ao cotidiano das pessoas.

2. O COMPORTAMENTO LÍCITO ALTERNATIVO COMO CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

A importância dos comportamentos alternativos conforme ao direito não é um assunto recente. Apesar de remontar mais de um século, não há, ainda, convergência sobre a principal indagação trazida pela problemática dos comportamentos

alternativos conforme ao direito: é imputável o resultado nos casos em que, provável ou possivelmente, o mesmo teria ocorrido se o agente tivesse se comportado em conformidade com o direito?¹ Essa questão despertou grande interesse da doutrina após uma série de casos concretos julgados na Alemanha pelo antigo Tribunal do Império (*Reichsgericht*) e pelo Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) entre o final do século XIX e a década de 1950. Em todos esses casos clássicos, embora tenha ficado comprovado que o agente atuou de modo incorreto e que houve lesão ao bem jurídico, os tribunais alemães decidiram pela absolvição dos acusados a partir de um juízo sobre comportamentos hipotéticos, cuja conclusão fora a de que o mesmo resultado teria ocorrido com certeza, ou ao menos provavelmente, caso o autor tivesse atuado em conformidade com as normas legais²⁻³.

O primeiro e mais antigo desses casos em que se discutiu a relevância do comportamento alternativo conforme ao direito para a imputação do resultado foi o famoso caso do farmacêutico, julgado pelo Tribunal do Império alemão no final do ano de 1886⁴. Um médico havia autorizado um farmacêutico que elaborasse e vendesse um medicamento composto de fósforo para a mãe de um menino que sofria de raquitismo. Após o término do remédio receitado, o farmacêutico voltou a vender à mãe do menino o mesmo medicamento, por diversas vezes, sem a consulta e prévia opinião do médico. Devido à ingestão reiterada do preparado, a criança faleceu por envenenamento de fósforo. Indagado a respeito do caso, o médico informou que teria autorizado igual tratamento caso fosse previamente consultado, por ser o indicado para a enfermidade do paciente (raquitismo), além de os sintomas do envenenamento terem aparecido de forma imprevisível.

O Tribunal do Império, ao analisar o caso, reconheceu que tanto a composição do medicamento quanto as dosagens ministradas e o tratamento realizado eram adequados e não contrariavam as regras da ciência. A análise pericial, por sua vez, constatou que não era possível comprovar clinicamente, até a última tomada do medicamento, o estado

1. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. La imputación objetiva del resultado. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 193.
2. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 235-237.
3. PUPPE, Ingeborg. *La imputación Objetiva*: Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Granada: Comares, 2001. p. 61.
4. REICHSGERICHT. Julgado RGSt. 15, 151-155, Processo 2779/86, Data 20.12.1886. Disponível em: [resolver.staatsbibliothek-berlin.de/RGN22674640BC2F0151]. Acesso em: 06.11.2018. Citando este mesmo caso, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Barueri: Manole, 2003. p. 12; e ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 261-262.

físico especial do paciente, que deu causa ao envenenamento por fósforo. Em razão disso, o farmacêutico foi absolvido.

Outro importante julgado da jurisprudência alemã foi o caso da novocaína, decidido pelo Tribunal do Império em 1926⁵. A fim de anestesiá-lo seu paciente, um médico lhe aplicou uma injeção de cocaína, fato esse considerado uma imprudência médica, pois a substância adequada para a anestesia era a novocaína, muito mais fraca em relação à primeira. O paciente, em razão da injeção aplicada, veio a falecer. Realizada a autópsia, descobriu-se que a vítima possuía uma anomalia consistente na não redução da glândula timolinfática, que o tornava hipersensível a qualquer narcótico, de forma que a aplicação da novocaína (conforme determinado pela *lege artis*) também teria, possivelmente, causado-lhe a morte. Ao julgar o caso, o Tribunal do Império reconheceu que somente haveria que se falar em uma ação impunível se fosse possível comprovar, com segurança ou forte probabilidade, que a morte também teria ocorrido com a aplicação da injeção de novocaína, o que não teria ocorrido no caso concreto. Todavia, o Tribunal absolveu o médico, excluindo a culpabilidade.

O terceiro exemplo extraído da jurisprudência alemã é o caso dos pelos de cabra. Trata-se de processo julgado pelo Tribunal do Império alemão no ano de 1929⁶: o dono de uma fábrica adquiriu pelos de cabra chineses para a produção de pincéis e, sem fazer a devida desinfecção a qual estava obrigado, entregou o material aos trabalhadores de sua empresa para a produção do produto. Em razão disso, quatro trabalhadores foram contaminados pelo bacilo de carbúnculo (*anthrax*) e vieram a óbito. Após análise, os peritos concluíram que nenhum dos desinfetantes permitidos garantiria, com segurança, a ausência do bacilo nos pelos de cabra, de forma que possivelmente teria ocorrido o contágio, ainda que fossem utilizados os métodos de desinfecção.

Em referido caso, o Tribunal do Império condenou o fabricante que forneceu aos trabalhadores os pelos infectados, ao argumento de que somente se poderia negar a causalidade caso existisse uma segurança ou probabilidade perto da certeza de que o resultado também teria se produzido caso o agente tivesse realizado a desinfecção. O

5. Sentença de 15.10.1926, transcrita por EXNER, *Frank-Festgabe I*, p. 587-588, e por SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, p. 65 e ss. Ver também em ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 265-236. A respeito, ainda, MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 195.

6. REICHSGERICHT. Julgado RGSt. 63, 211-215, I 1265/28. Disponível em: [resolver.staatsbibliothek-berlin.de/RGN22674640EC430211]. Acesso em: 06.11.2018. Assim, também, ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 264-265.

Senado⁷, por seu turno, revogou a sentença e absolveu o fabricante, por ausência de previsibilidade⁸.

Por fim, o *leading case* da problemática dos comportamentos alternativos conforme ao direito foi o chamado caso do ciclista⁹, que foi julgado pelo Superior Tribunal Federal alemão em 1957. O condutor de um caminhão foi ultrapassar um ciclista a uma distância de 75 centímetros, quando a Ordenação do Trânsito estabelecia uma distância mínima de 1,50 metros, mas, no momento da ultrapassagem, o ciclista perdeu o equilíbrio, caiu sob as rodas traseiras do caminhão e morreu atropelado. Após a necropsia, foi verificado que a vítima estava em avançado estado de embriaguez, razão pela qual não se poderia excluir com segurança a probabilidade de morte do ciclista ainda que o caminhoneiro tivesse obedecido às normas de trânsito. Alguns dados indicaram que o ciclista, em razão de sua embriaguez, assustou-se com o barulho do caminhão e fez um movimento reflexo lateral incontrolado.

O Superior Tribunal Federal alemão, ao analisar o caso, absolveu o motorista de caminhão, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*. Em seus argumentos, destacou não ser necessário, para negar a causalidade, que o comportamento alternativo conforme ao direito também houvesse causado, com segurança, o resultado, bastando que houvesse possibilidade de que o resultado também ocorresse com o comportamento hipotético correto.

Tais julgados deram origem a diversas teorias que, ao longo de décadas, buscaram solucionar as principais questões que foram levantadas: se, nestes casos, deveria ser admitida a absolvição do agente, a imputação do resultado ou desenvolvidas respostas intermediárias, de acordo com a probabilidade ou possibilidade da ocorrência do resultado em caso de um comportamento hipotético permitido¹⁰. Uma grande parte da doutrina, embora concorde com as conclusões a que chegaram os tribunais alemães, diverge da fundamentação neles adotada e prefere utilizar bases teóricas diferentes. É o caso, por exemplo, de diversos adeptos da chamada *teoria do nexo* ou *da evitabilidade*. A doutrina minoritária, por sua vez, chega a conclusões divergentes a partir de critérios próprios desenvolvidos para a solução do problema dos comportamentos alternativos conforme

7. No sistema judicial alemão, Senado equivale a órgãos colegiados da Justiça brasileira, como “Turma” ou “Câmara”.

8. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 194.

9. BUNDESGERICHTSHOF Julgado BGHSt 11, 1. Também citam esse precedente REYES ALVARADO, Yesid. El concepto de imputación objetiva. In: *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mérida: Universidad de Los Andes, 2005. p. 181; e MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 194-195.

10. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 236.

ao direito, como ocorre com a *teoria do incremento do risco*. Essas teorias serão mais bem aprofundadas nos subtópicos seguintes.

Inicialmente, porém, muitos teóricos buscaram resolver os casos concretos da jurisprudência alemã por meio da delimitação entre crimes omissivos e comissivos¹¹. Consideravam que em todos os julgados citados o suposto autor deixou de realizar uma conduta juridicamente imposta, como consultar o médico antes de vender o medicamento ao paciente, aplicar novocaína – substância cientificamente indicada, desinfetar os pelos de cabra antes de entregá-los aos trabalhadores para a fabricação dos pincéis e realizar a ultrapassagem respeitando o limite de espaço estabelecido pelas normas legais¹².

Mezger, um dos adeptos desta construção teórica, sustentava que a distinção entre os casos de crimes omissivos e comissivos é valorativa, e não fática, pois não deveria fundamentar-se de acordo com a configuração externa do caso concreto, mas conforme o objeto contra o qual se dirige a censura jurídica. No exemplo dos pelos de cabra, entendia que, apesar de aparentemente se tratar tanto de um fato comissivo (entrega dos pelos não desinfetados) quanto omissivo (falta da devida desinfecção), o reproche penal não estaria na falta de desinfecção, mas na entrega do material sem a prévia desinfecção e, por isso, o caso deveria ser tratado como omissão¹³. Mezger acreditava estar diante de um caso de omissão e que a solução deveria ser a absolvição, pois a omissão somente é imputável se a realização da ação devida pudesse ter impedido, com uma probabilidade quase segura, a produção do resultado. Como, no caso dos pelos de cabra, a contaminação poderia ter ocorrido ainda que com a prévia desinfecção do material, não haveria alternativa senão negar a tipicidade da conduta do fabricante¹⁴.

Contudo, diversos autores, ainda que com fundamentos diferentes, opuseram-se a esta ideia, defendendo que tais casos não se trata de omissão, mas comissão¹⁵. Nesse

11. Conforme disserta Martinez Escamilla, em seu estudo sobre os comportamentos alternativos conforme ao direito: MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 196.

12. Também conforme explicado por Roxin, em ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 237-238.

13. MEZGER, Edmund. *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. p. 119.

14. Veja-se, sobre a questão, ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 238.

15. Nesse sentido, destacam-se, entre outros, ROXIN, SCHRÖDER, SPENDEL e ARTHUR KAUFMANN. Op. cit., p. 239-243.

trabalho, partir-se-á da premissa de que se trata de condutas comissivas e se analisará a relevância dos comportamentos alternativos conforme ao direito¹⁶.

Embora o debate sobre os comportamentos alternativos conforme ao direito seja anterior ao desenvolvimento da moderna teoria da imputação objetiva de Roxin, para seus adeptos a discussão deve ser tratada pelos critérios de averiguação da realização do risco não permitido que fora criado no resultado (desvalor do resultado). Assim, sua análise e verificação deve dar-se sob uma perspectiva *ex post*, ou seja, levando em conta todas as circunstâncias que foram conhecidas em momento posterior ao fato. Tal posição é essencialmente correta, pois permite verificar, com base numa perspectiva *ex post*, se a regra formulada *ex ante* possui caráter idôneo para a redução do risco ao bem jurídico ou, ao contrário, se se mostra inidônea no caso em concreto e não legitima a imputação¹⁷. Além disso, ainda que se trate de um problema predominantemente relacionado com os delitos culposos, os critérios estabelecidos pela imputação objetiva de Roxin também são aplicáveis aos crimes praticados com dolo¹⁸. Com efeito, além de todo o delito doloso pressupor a culpa, trata-se de análise do tipo objetivo, que precede ao exame do tipo subjetivo.

Os pontos que dominam a discussão giram em torno da relevância dos comportamentos alternativos para a valoração penal de um fato e a existência de um nexos específico entre a violação normativa e o resultado. Em outros termos: se é suficiente que o resultado tenha sido causado por uma conduta em desconformidade com o direito ou se é necessário algo a mais para que o agente responda pela consumação¹⁹. As principais propostas para solucionar essa questão foram desenvolvidas (1) pela teoria do nexos (ou teoria da evitabilidade); (2) pelo fim de proteção da norma e; ainda, (3) pela teoria do incremento do risco.

2.1. A teoria do nexos (ou teoria da evitabilidade)

A chamada *teoria do nexos*, também conhecida como *teoria da evitabilidade*, foi desenvolvida pela jurisprudência do Superior Tribunal Alemão e adotada pela doutrina majoritária²⁰. De acordo com o seu raciocínio, a imputação pressupõe não apenas a vio-

16. Sob a mesma ótica, MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 196.

17. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 395-396.

18. ROXIN, Claus. *Strafrecht...* Op. cit., p. 397.

19. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 194.

20. Sobre essa teoria GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 123. Nesse mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Violação...* Op. cit., p. 243-244; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria...* Op. cit., p. 13; CAVALCANTE SOUZA, Luylla. *O nexos...* Op. cit., p. 90; entre outros. Conforme Martínez, entre os principais defensores da teoria da evitabilidade

lação a um dever de cuidado e a ocorrência do resultado típico, mas também que ambos estejam ligados por um determinado nexos fundamentador da responsabilidade. Caso não seja possível evitar o resultado com a prática de um comportamento alternativo em conformidade com o direito, faltará referido nexos e, portanto, deverá o agente ser absolvido²¹.

O agente – criador de um risco juridicamente desaprovado – não será responsável pela ocorrência do resultado enquanto não se prove, com certeza ou com uma probabilidade próxima da certeza, que o resultado não se teria produzido caso o autor tivesse se comportado corretamente. Isso porque, se entre a ação e o resultado deve existir um nexos, considerado como a manifestação de que a lesão foi decorrente justamente da violação ao dever de cuidado, esta relação estará ausente quando, da análise das circunstâncias do fato, verificar-se que o resultado teria ocorrido mesmo se o agente tivesse atuado em conformidade com o direito²².

Essa concepção apresenta algumas variantes que giram em torno da mesma exigência de um nexos específico entre ação e resultado para que esse possa ser imputado. O Superior Tribunal Federal alemão, ao absolver o motorista de caminhão no caso do ciclista, exigiu que, além da causalidade natural, estivesse presente uma causalidade jurídico-penal entre a violação à regra e a realização do tipo²³. Com a mesma ideia de nexos causal, Schröder²⁴ denomina essa exigência de uma causalidade entre a lesão do dever e o resultado. Lampe²⁵, por sua vez, afirma que somente a ação pode ser causal e deixa de referir-se ao nexos de causalidade para tratar da existência de um nexos lógico condicional entre a ação e o resultado. Já Engisch²⁶ denomina de nexos de ilicitude e argumenta que, se o resultado não deixa de ocorrer mesmo com o comportamento em conformidade ao direito, não se efetiva o perigo da ação em desacordo com as normas legais.

se pode citar BAUMANN, BOCKELMANN, WELZEL, WESSELS, SCHRÖDER, SAMSON, ULSENHEIMER, ZAFFARONI, BUSTOS RAMÍREZ, entre outros apud MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 197.

21. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 244.
22. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 197.
23. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 244. No mesmo sentido, MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación...* Op. cit., p. 197.
24. Idem.
25. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 245.
26. ROXIN, Claus. Violação do... Op. cit., p. 246.

A teoria do nexo ou da evitabilidade nega uma imputação objetiva do resultado caso esse pudesse ter sido evitado por meio de uma conduta conforme ao direito, pois, neste caso, não haveria como determinar se esse resultado fora consequência da criação do risco não permitido²⁷. A partir da ideia de que os deveres de cuidado têm como finalidade a evitação de resultados típicos, será irrelevante a lesão ocorrida sempre que a norma, no caso concreto, não cumprir sua função protetora, ou seja, sua observância não evitar a ofensa ao bem jurídico²⁸. Esse nexo de lesão de dever, assim denominado por Ulsenheimer, deve ser aferido por meio da utilização da fórmula da *conditio sine qua non*: substitui-se mentalmente o comportamento incorreto pelo prudente; se o resultado não desaparecer, resta demonstrada a ineficácia da norma para o caso concreto e se comprova que a lesão não decorreu do perigo criado²⁹.

Em defesa desta posição, sustenta Baumann que o ordenamento jurídico não pode regular resultados inevitáveis como se pudessem ser evitados³⁰. Assim, tratando-se a evitabilidade do resultado como um elemento do tipo penal, defendem os adeptos da teoria do nexo que a responsabilização penal, em caso de inexistência de certeza ou probabilidade próxima da certeza de que o resultado não ocorreria em caso de um comportamento alternativo conforme ao direito, constitui infração ao princípio do *in dubio pro reo*, pois é inadmissível exigir, para que haja absolvição, provas de que o resultado também tivesse ocorrido com o comportamento correto³¹⁻³²⁻³³.

Por isso, de acordo com a teoria da evitabilidade, somente haverá punição por um delito consumado se, além da lesão ao bem jurídico, restar comprovado que uma conduta hipotética do agente em conformidade com o direito teria evitado o resultado danoso.

27. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000. p. 30.

28. CAVALCANTE SOUZA, Luylla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, 2007. p. 91.

29. Conferir a descrição em MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 198.

30. BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: Conceptos fundamentales y sistema*. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1973. p. 121.

31. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesekeing, 2003. p. 254-255 e 258.

32. Sobre o tema, explica MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 199.

33. Esse entendimento, contudo, já fora defendido pelo antigo Tribunal do Império alemão, como no caso do pelo de cabra, quando considerou que a imputação somente poderia ser excluída se houvesse prova de que o comportamento alternativo, com grande probabilidade, também teria causado o resultado. Trata-se de uma inversão do ônus da prova, já não mais adotada pela jurisprudência alemã majoritária, conforme destaca FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 13.

Em caso de dúvidas, considera-se ausente o desvalor do resultado, diante da falta do nexo entre o desvalor da ação e a lesão ao bem jurídico, impondo-se, dessa forma, a punição por tentativa nos delitos dolosos ou a absolvição, nos casos de culpa, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*. Para os adeptos dessa teoria, a punição, nestes casos, transforma indevidamente os delitos de lesão em delitos de perigo, já que somente existiu a colocação do bem em perigo (desvalor da ação), da qual não adveio o resultado³⁴. A adoção dessa teoria implica, em todos os quatro casos clássicos da jurisprudência alemã retrocitados, a absolvição dos autores dos fatos³⁵.

Embora conte com a aceitação da maior parte da doutrina, são vários os argumentos que demonstram a natureza ambígua e manipuladora dos fatos da teoria da evitabilidade³⁶, o que leva a resultados nem sempre reconhecidos como justos³⁷. Uma das principais críticas que podem ser feitas à teoria da evitabilidade é a sua ausência de fundamentação. A teoria do nexo não explica com clareza a necessidade de existência de um nexo específico, seja ele causal ou normativo, entre a conduta e o resultado, cuja ausência eximiria a responsabilidade daquele que atua em desconformidade com o direito, ainda que tenha sobrevivido um resultado lesivo ao bem jurídico. Tal resulta, como sustentado por Roxin, em uma construção teórica baseada unicamente em um sentimento de justiça, sem a devida fundamentação normativa, o que não faz com que os resultados advindos de sua aplicação sejam, necessariamente, corretos³⁸. A teoria também não explica, como ressalta Feijóo Sánchez, o motivo de conceder um prêmio para o agente que infringe um dever de cuidado, levando a uma inexplicável impunidade sempre que houver riscos em reserva³⁹, além da perda do caráter protetivo da norma em relação ao bem jurídico⁴⁰.

34. Conforme cita GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT 2014. p. 123.

35. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 199.

36. PUPPE, Ingeborg. *La imputación Objetiva: Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Granada: Comares, 2001. p. 67.

37. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 246-250.

38. ROXIN, Claus. Violação do dever... Op. cit., p. 246-247.

39. Os riscos em reserva são aqueles que existem independentemente do comportamento perigoso do autor e que poderiam produzir o resultado lesivo ao bem jurídico de maneira alternativa. Assim, eliminando a conduta do agente, o resultado lesivo ainda seria inevitável por existirem outros riscos. Nesse caso, as críticas são dirigidas à possibilidade de punição apenas quando, além da conduta perigosa do agente, não houver outros riscos próximos do bem jurídico. Por exemplo, quem mata seu desafeto no leito hospitalar, acometido por doença terminal, não poderia responder pela morte, já que o resultado seria, mais cedo ou mais tarde, inevitável.

40. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 14-16.

A utilização da ideia de ineficácia da norma, por sua vez, muito aquém de apresentar uma fundamentação idônea para a teoria da evitabilidade, revela apenas uma descrição baseada no fim de proteção da norma, qual seja, a evitação de resultados lesivos. Não enfrenta, contudo, o problema central apresentado pela teoria, consistente no porquê da necessidade de um nexo específico entre a violação do dever e o resultado e no que esse nexo consistiria, mas tão somente indica quando é que tal nexo não estaria presente – sempre que o resultado também pudesse ter ocorrido por meio de um comportamento correto⁴¹.

Além disso, ao defender que a norma somente terá eficácia e, dessa forma, somente será imputável o resultado quando a adoção de uma conduta correta teria, com certeza ou probabilidade limítrofe da certeza, evitado a lesão ao bem jurídico, absolvendo-se o agente nas demais situações, a teoria ignora o fenômeno do risco permitido, em que sempre haverá um risco de o resultado lesivo ocorrer⁴². Prioriza-se o desvalor do resultado em detrimento do desvalor da ação. As atividades perigosas sempre contam, por si só, com a possibilidade de ocorrência de um resultado lesivo, devendo, justamente por isso, ser adotadas as medidas de precaução como forma de diminuir a periculosidade dessas condutas, cujo perigo nunca é totalmente excluído⁴³. A impossibilidade de garantir a integridade absoluta dos bens jurídicos não significa uma ineficácia das normas de cuidado: admitir tal afirmação importaria a insustentável absolvição em todos os casos de atividades de risco permitidas, ainda que o agente tenha prescindido das medidas de precaução⁴⁴. Dito de outra forma, adotar essa construção teórica seria aceitar a dispensa da exigência de cuidado nas atividades que, essencialmente, são perigosas. Tal ocorre, por exemplo, no caso de uma operação de risco, em que o cirurgião, em razão de um erro grosseiro, causa a morte do paciente; mesmo com a violação ao dever de cuidado, a aplicação da teoria da evitabilidade exige que se absolva o médico, por ser impossível assegurar que o resultado morte não teria ocorrido mesmo com a observância da *lege artis*⁴⁵⁻⁴⁶. Essa questão, por si só, demonstra que a solução proposta por essa teoria não é uma medida

41. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 199-200.

42. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1997. p. 199.

43. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 200.

44. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 247-248.

45. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 395-396.

46. ROXIN, Claus. *Strafrecht...* Op. cit., p. 394.

político-criminalmente aceitável, apesar de, processualmente, dar a entender que é caso de aplicação do princípio do *in dubio pro reo*⁴⁷.

A teoria da evitabilidade também exclui a imputação nos casos em que, apesar de o agente ter violado uma norma de cuidado, constata-se que a vítima estava, no mero plano anímico, com intenções suicidas e que teria se lançado sob as rodas de um caminhão, por exemplo, ainda que o motorista não estivesse embriagado e a atropelado. Mas, como critica Roxin, não há sentido algum em afirmar que um homicídio deixa de sê-lo apenas porque a vítima se suicidaria caso o acidente não tivesse ocorrido⁴⁸, o que demonstra que a teoria não fornece uma solução adequada para a questão.

Essa teoria, ademais, apresenta falhas teóricas quando se utiliza da fórmula da *conditio sine qua non*, trazida da causalidade (dado ontológico), para resolver este que é um problema normativo de imputação do resultado. Para além dos problemas já existentes para a averiguação do nexos causal, a fórmula também não apresenta aqui um critério capaz de dar uma boa resposta ao problema dos comportamentos alternativos conforme ao direito. A referida fórmula não permite averiguar com certeza o que realmente ocorreu no caso concreto, mas tão apenas ponderar os efeitos de um comportamento correto hipotético; ou seja, não valora o problema real, apenas o compara com uma conduta conforme ao direito que não se sucedeu⁴⁹. Além disso, a aplicação deste critério só possui algum proveito quando já se conhece, de antemão, o nexos causal, já que o desconhecimento da causa impede a eliminação mental de fatores relevantes que possam ter causado o resultado⁵⁰.

Outro problema da teoria é a indefinição sobre qual é o risco que deve ser considerado para fins comparativos, pois uma mesma situação pode compreender diversos comportamentos alternativos. Isso se dá, principalmente, nos casos em que as diferenças entre risco permitido e não permitido não são quantificáveis⁵¹ e a enorme gama de possibilidades de condutas alternativas possibilita a escolha arbitrária de uma ou de outra, o

47. SOUZA, Luyla Cavalcante. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, 2007. p. 94.

48. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 249-250.

49. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 202.

50. SOUZA, Luyla Cavalcante. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, 2007. p. 92. Cita a autora, como exemplo, que de nada adianta suprimir mentalmente a ingestão de determinado remédio quando não se pode explicar, cientificamente, quais as consequências da ingestão do medicamento.

51. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 27.

que não raras vezes pode gerar desfechos antagônicos para uma mesma situação fática⁵². O mesmo ocorre nos casos de concorrência de infrações de dever de cuidado de sujeitos diferentes (causalidade alternativa), em que a teoria da evitabilidade permite que cada um dos agentes envolvidos possa se eximir da responsabilidade do resultado apenas recorrendo à infração praticada pelo outro.

É o exemplo do caso da parada de ônibus julgado pelo Superior Tribunal Federal alemão⁵³. Um ônibus estava parado em um ponto, quando um automóvel passou ao seu lado em uma velocidade normal, porém guardando uma distância muito reduzida, infringindo a norma que exigia dos motoristas a manutenção de uma distância de segurança e de uma velocidade bastante reduzida, em razão da possibilidade de os passageiros quererem cruzar a calçada antes da saída do coletivo, o que os impediria de visualizar quem vem em sentido contrário (conduta esta igualmente considerada imprudente); no momento da passagem do veículo, uma menina de oito anos de idade avançou por trás do ônibus e foi atingida pela dianteira do automóvel, ferindo-se gravemente. O motorista argumentou que não poderia ter evitado o resultado mesmo com um comportamento diligente – respeitado a distância necessária –, pois a criança cruzara a pista sem olhar para os lados, também de forma imprudente. Na ocasião, o Superior Tribunal Federal alemão, aplicando a teoria da evitabilidade, absolveu o acusado, argumentando que “o motorista não é obrigado a ajustar seu modo de condução em razão do comportamento descuidado dos pedestres ao atravessarem a pista atrás de um ônibus”⁵⁴. Aqui, em especial, parece estranho permitir uma “compensação de culpas”⁵⁵, máxime porque a irresponsabilidade do autor pelo resultado recai sobre a atuação da vítima que, ainda que tenha atuado de forma imprudente, é um sujeito inimputável.

Além dos problemas já expostos, a teoria da evitabilidade erra ao dividir a análise da realização do risco em duas partes, uma permitida e outra proibida, exigindo provas separadas de causalidade. Isso porque, ao ultrapassar um risco permitido e, com essa conduta, elevar o perigo que era tolerado, cria o agente um risco único, o qual, em sua totalidade, é proibido e se realiza no resultado. Se há um risco preexistente que só pode ser tolerado mediante a observância de determinadas regras de cuidado, as quais sequer são observadas pelo autor – que, com sua conduta, aumenta o perigo –, em vez de diminuir as

52. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 128.

53. BUNDESGERICHTSHOF. Julgado BGHSt. 13, 169, de 27.05.1959 – 4 StR 49/59, citado por PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva*: Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Granada: Comares, 2001. p. 68-69.

54. Parte da ementa do julgado, em tradução livre. BUNDESGERICHTSHOF. Julgado BGHSt. 13, 169, de 27.05.1959 – 4 StR 49/591.

55. Adotando a teoria da evitabilidade, mas com críticas à realização de uma compensação de culpas, KRAMER, Renato; SIQUEIRA, Leonardo. O comportamento alternativo conforme ao direito: comentários à decisão do Juízo de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Delictae*, v. 04, n. 6, Jan./Jun. 2019. p. 105.

chances de lesão ao bem jurídico, o agente contribui com o perigo preexistente. Ou seja, trata-se de um mesmo risco que já era existente desde o início da conduta proibida, mas que foi incrementado pelo autor⁵⁶.

Acrescenta-se a todas as críticas, ademais, que a fórmula principiológica do *in dubio pro reo* tem caráter processual e, portanto, não pode ser transposta para a análise do tipo objetivo, a fim de solucionar uma questão exclusivamente de direito material. Com efeito, uma absolvição com base no *in dubio pro reo* significa apenas que se deixou de condenar determinado sujeito pela ausência de provas capazes de demonstrar que ele praticou uma conduta que, no plano material, já se sabe digna de proibição; não se trata, portanto, de absolvição devido a um juízo a respeito da atipicidade objetiva do fato, como parecem sustentar os adeptos da teoria da evitabilidade. A impropriedade do argumento em uma discussão de direito material a respeito da tipicidade objetiva do fato é evidente: ou já se sabe de antemão, com base numa conclusão extraída do debate de direito material, que o fato é típico e o sujeito apenas deixa de ser condenado, no plano processual, pela ausência de provas suficientes a demonstrar que efetivamente praticou tal fato típico (com o emprego correto do *in dubio pro reo*); ou, ao contrário, a discussão de direito material permite concluir que o fato é atípico e o problema não é uma questão de falta de provas no plano processual, mas da própria relevância penal do comportamento praticado pelo sujeito. Kramer e Siqueira, por sua vez, defendem a utilização da *presunção de inocência* também como um critério hermenêutico de interpretação dos tipos penais⁵⁷, com o qual criticam a alegação supra de que se trataria do uso de uma regra de caráter eminentemente processual. Esse argumento, todavia, não convence, na medida em que uma análise a partir da *presunção de inocência* não leva a uma discussão sobre se o fato é ou não típico, mas sempre gira em torno da suficiência ou não dos elementos probatórios existentes, o que continua a ser um problema processual.

Todas essas inconsistências demonstram que Roxin tem razão ao afirmar que o critério da evitabilidade somente pode desaguar em duas e igualmente incorretas possibilidades: ou quem viola um dever de cuidado, apesar de o resultado ser evitável com o comportamento correto, deve ser absolvido, o que, apesar de ser teoricamente admissível, é materialmente injusto; ou deve ser condenado, o que pode ser considerado justo, mas que teoricamente, e do ponto de vista da teoria do nexu, fundamenta-se em uma insustentável *presunção de culpa*⁵⁸.

56. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 395-396.

57. KRAMER, Renato; SIQUEIRA, Leonardo. O comportamento alternativo conforme ao direito: comentários à decisão do Juízo de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Delictae*, v. 04, n. 6, Jan./Jun. 2019. p. 102-103.

58. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 249.

Em resumo, o raciocínio da teoria da evitabilidade não é adequado por determinar que somente serão imputáveis casos em que houver certeza de que o comportamento alternativo teria evitado o resultado, de modo a conceder um salvo conduto, sem qualquer fundamento jurídico, que autoriza o descumprimento de normas de cuidado em todas as atividades que, por sua natureza, envolvam um risco próprio de ocorrência do resultado, mesmo que, em uma análise *ex post*, importe num risco de lesão ou ofensa a um bem jurídico, pois exige a certeza se um comportamento alternativo conforme ao direito teria efetivamente evitado a lesão ao bem jurídico e não apenas melhorado a sua situação.

2.2. A teoria do fim de proteção da norma

Uma tendência minoritária de defensores da teoria da imputação objetiva de Roxin propõe a solução para os casos de comportamento alternativo conforme ao direito não na ideia de incremento de risco, mas em outro raciocínio derivado da construção roxiniana: a teoria do fim de proteção da norma. Conforme este entendimento, a constatação da realização do risco no resultado não deve ser feita a partir da análise da possibilidade/probabilidade de ocorrência do resultado em caso de um comportamento hipotético, difícil de ser realizada, mas deve ser procedida de acordo com a *ratio* da lei⁵⁹: para a teoria do fim de proteção da norma é imputável o resultado quando consiste justamente naquele em que a norma infringida (desvalor da ação) tinha missão de prevenir ou evitar⁶⁰. Assim, o sujeito não deve ser responsabilizado se o resultado advindo de seu comportamento não estiver abrangido pelo âmbito de proteção da norma de cuidado⁶¹, ainda que, em caso de um comportamento hipotético lícito, o resultado teria sido evitável ou o risco aumentado⁶².

Para Krümpelmann, as maiores chances de sobrevivência do bem jurídico constituem mero efeito reflexo da proteção do dever e não a efetiva finalidade da norma de cuidado, que não é a de impedir riscos em geral, mas apenas determinados riscos desvalorados pela norma de cuidado⁶³. Portanto, é insuficiente para a imputação do resultado a simples relação

59. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva*: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Barueri: Manole, 2003. p. 50.

60. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 236.

61. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004. p. 58-59.

62. SOUZA, Luylla Cavalcante. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, 2007. p. 86.

63. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I*. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 399-401.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 168. ano 28. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, junho 2020.

de causalidade entre a conduta ilícita e a lesão, sendo necessário, ainda, que a norma infringida tenha como fim impedir a ocorrência daquele resultado específico⁶⁴.

Martinez Escamilla, autora espanhola que defende essa ideia, recorre a um exemplo apresentado por Gimbernat Ordeig⁶⁵ para demonstrar o seu acerto. Um motorista, infringindo a norma de cuidado que determina a redução da velocidade do automóvel ao circular próximo de colégios no horário de entrada e saída de alunos, atropela um suicida que se aproveita da situação para se atirar sob as rodas do veículo. Para a teoria do fim da norma, o motorista do automóvel não deve ser responsabilizado pelo resultado, pois a norma por ele infringida tinha como missão evitar o atropelamento de crianças que, pela tenra idade, desconhecem as normas de trânsito e das quais não se pode esperar que se comportem prudentemente, mas não evitar os riscos criados por pessoas que queiram se suicidar⁶⁶.

Outro exemplo utilizado pelos defensores da teoria do fim da norma é o da venda de veneno sem prescrição médica. Um assassino, que deseja envenenar sua esposa às 19h, vai à farmácia para comprar a substância tóxica às 17h, portando um receituário médico fornecido por um amigo seu, sabedor de suas intenções homicidas, que somente o utilizaria caso o farmacêutico se recusasse a vender o veneno; esse, por sua vez, infringe seu dever de cuidado e comercializa o produto sem solicitar a apresentação da receita, o qual é ministrado à vítima que falece por envenenamento. De acordo com as teorias do incremento do risco e da teoria da evitabilidade, o farmacêutico não é responsável pelo resultado, apesar de ter infringido seu dever de cuidado, uma vez que, mesmo com um comportamento alternativo correto – neste caso, a solicitação do receituário –, o resultado seria inevitável e o risco não aumentado. Para a teoria do fim da norma, todavia, a lesão é imputável ao farmacêutico, pois configura um dos riscos que a norma busca impedir quando estabelece a necessidade de autorização médica para a venda de produtos venenosos⁶⁷.

64. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 58.

65. Essa era a posição inicial defendida por Gimbernat Ordeig, que posteriormente aderiu à teoria do incremento do risco desenvolvida por Roxin, acrescida de critério próprio melhor exposto no subtópico seguinte. Nesse sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El comportamiento alternativo conforme a derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial B de F. p. 91 e 151-152.

66. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 285-286.

67. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 48.

Esta construção teórica, adotada por Roxin não para a solução da questão dos comportamentos alternativos conforme ao direito, mas como um requisito adicional para a realização do risco no resultado, também recebe diversas críticas. Para os seus opositores, ao sustentar a imputação do resultado, ainda que este ocorresse em caso de um comportamento lícito alternativo, a teoria do fim da norma permite a responsabilização pelo resultado mesmo nos casos de realização de um risco permitido e também naqueles em que a norma se mostrar no caso concreto, *ex post*, como ineficaz. Esta crítica é ilustrada com o exemplo já citado dos pelos de cabra, em que a utilização do desinfetante indicado não seria capaz de eliminar o bacilo causador das infecções (perigo que a norma buscava evitar ou diminuir), de forma que o comportamento imprudente do fabricante teria gerado o mesmo resultado que teria sido causado por sua atuação prudente (risco permitido, apesar de elevado)⁶⁸.

Todavia, Roxin emprega a teoria do fim de proteção da norma como complemento à teoria do aumento do risco e nega a possibilidade de substituição desta por aquela. Conforme a sua construção, deve-se analisar, primeiramente, se há a ocorrência do aumento do risco e somente, então, se o resultado se encontra compreendido no fim de proteção da norma de cuidado, a fim de se verificar se o risco criado (desvalor da ação) se realizou no resultado (desvalor do resultado)⁶⁹.

E tal raciocínio é o mais correto. A teoria do fim de proteção da norma não tem capacidade de rendimento, por si só, para servir de ferramenta político-criminal adequada para a comprovação da realização do risco no resultado. Isso porque não dá relevância aos comportamentos alternativos conforme ao direito e não propõe solução para os problemas que os envolvem, mas apenas nega a sua existência. Por outro lado, se o fim de proteção da norma tem a sua importância como limite à imputação objetiva do resultado, permitindo a responsabilização apenas quando a lesão significar justamente aquele resultado que a norma tinha como intuito evitar, ou seja, a lesão do bem protegido pela norma, sua aplicação isolada permite que se proceda a uma responsabilização criminal mesmo que inexistente a piora da situação do bem jurídico e, portanto, diante de uma proibição que se mostre inidônea no caso em concreto.

2.3. A teoria do incremento do risco

Roxin, por entender que nenhuma das propostas já apresentadas eram político-criminalmente adequadas para a solução dos comportamentos alternativos conforme ao

68. SOUZA, Luylla Cavalcante. O nexos de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, 2007. p. 88-90.

69. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 400-401.

direito, apresentou, no ano de 1962⁷⁰, uma construção teórica baseada na ideia de incremento do risco. Para Roxin, embora as teorias existentes não fossem suficientes para a solução dos casos tratados pela jurisprudência alemã, não se pode admitir, para a realização de um crime, a mera existência de uma ação violadora de um dever de cuidado e de um resultado típico. Tal significaria um *versari in re illicita*, pois tornariam imputáveis *eo ipso* como negligentes todas as circunstâncias derivadas da conduta proibida⁷¹. Quer dizer, o sujeito responderia pelos eventuais resultados de seu comportamento mesmo que não houvesse culpa.

A solução proposta por Roxin parte do seguinte raciocínio: em primeiro lugar, a ação correta deve ser analisada de acordo com os princípios do risco permitido e, em segundo lugar, deve ser realizada uma comparação entre tal ação correta e a conduta incorreta praticada pelo autor. Se a conduta incorreta do autor aumentar a probabilidade ou possibilidade da ocorrência do resultado em comparação com o risco permitido, haverá violação de um dever de cuidado e o agente deverá ser punido; caso contrário, não havendo aumento do risco, o autor deverá ser absolvido⁷². Assim, para a teoria do incremento do risco proposta por Roxin, que é minoritária⁷³, mas encontra significativo reconhecimento na jurisprudência austríaca⁷⁴, existirá a realização do risco no resultado quando o comportamento incorreto criar um risco maior do que o permitido, de acordo com uma comparação entre o perigo efetivamente criado pelo autor e aquele que teria advindo de uma hipotética ação em conformidade ao direito⁷⁵. Para Roxin, isso não importa na comprovação ou relevância de processos causais hipotéticos, pois as circunstâncias devem ser avaliadas e solucionadas de acordo com critérios científicos⁷⁶ e não se está diante de condutas hipotéticas prontas para atuar, mas apenas de hipóteses utilizadas para fins comparativos das quais se obtém o juízo de aumento do risco⁷⁷.

70. ROXIN, Claus. Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), 74, p. 411-444, 1962.

71. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 256-257.

72. ROXIN, Claus. Violação do dever... Op. cit., p. 257-258.

73. Conforme destacam MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación...* Op. cit., p. 206, e GRECO, *Um panorama...* Op. cit., p. 124.

74. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 36.

75. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 205-206.

76. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 259.

77. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 396-397.

Conforme esclarece a teoria da imputação objetiva, há determinados riscos que são permitidos para o bom desenvolvimento da sociedade, desde que observadas as normas de cuidado estabelecidas. Nestas situações, ainda que destes perigos advenha um resultado lesivo, não poderá o agente ser por ele criminalmente responsabilizado, por ausência de desvalor da ação⁷⁸. Todavia, existe a criação de um risco maior que o permitido e, portanto, está presente o desvalor da ação, quando a perigosidade *ex ante* da conduta que lesiona um dever de cuidado é maior do que a perigosidade *ex ante* de uma conduta diligente. O desvalor do resultado, por sua vez, está presente quando a lesão do dever de cuidado dá lugar a um risco real (analisado de acordo com todas as circunstâncias conhecidas *ex post*) que supere a medida tolerada do risco; tal risco, pois, não constitui característica da ação, mas sim uma realidade derivada da conduta⁷⁹.

O raciocínio de Roxin pode, então, ser sintetizado da seguinte forma: se a perigosidade acima da permitida, que fundamenta o desvalor da ação (perspectiva *ex ante*), desembocar no resultado um risco real maior do que o permitido (desvalor do resultado – perspectiva *ex post*), há a imputação; todavia, se o risco no resultado for igual ao permitido, não há desvalor do resultado e, portanto, também não se justifica a responsabilização. A averiguação do incremento do risco, por sua vez, deve levar em conta todos os fatores intervenientes no caso, ou seja, não apenas aqueles conhecidos *ex ante*, mas também aqueles reconhecidos somente após a produção do resultado⁸⁰. Se não há melhora da situação do bem jurídico em caso de um comportamento diligente, seria impossível que o direito pudesse atingir seu objetivo de proteção do bem, razão pela qual a proibição teria falhado e, por isso, não pode existir o desvalor do resultado. Diferentemente, a melhora da situação do bem jurídico ou o aumento do risco de lesão (risco real) confirma e justifica *ex post* a proibição formulada *ex ante*⁸¹.

De acordo com a teoria do incremento do risco, a questão sobre se um comportamento alternativo conforme ao direito teria ou não evitado o resultado, que é inicialmente irrelevante, somente adquire importância quando se constata com *certeza* que o resultado também teria ocorrido caso o autor tivesse atuado em conformidade com o direito, pois tal significaria que o risco criado pela conduta imprudente seria equivalente àquele derivado, nas mesmas circunstâncias, de uma conduta correta (ou seja, do risco permitido)⁸². Se a ação praticada pelo autor não incrementar o risco de produção do resultado e mesmo

78. ROXIN, Claus. *Strafrecht...* Op. cit., p. 382-384.

79. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 207-208.

80. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 208-210.

81. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 127.

82. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 210.

assim o causar, esta deve ser julgada sob a mesma perspectiva de uma conduta permitida, pois no caso concreto não significou um perigo de lesão ao bem jurídico *maior* do que aquele que existiria se o sujeito tivesse atuado em conformidade com o direito. Isso se fundamenta, segundo Roxin, no princípio da igualdade⁸³.

Roxin não considera necessário para a imputação, todavia, que o comportamento correto *evitasse* a realização do resultado. Em sua opinião, é suficiente que a conduta proibida tenha ocasionado um risco maior ao bem jurídico, ou seja, uma piora de sua situação em relação ao comportamento lícito alternativo, para que se possa imputar o resultado ao agente⁸⁴. O risco permitido pelo legislador em atenção às necessidades gerais deixa, então, de ser admitido quando são ultrapassados os limites por ele estabelecidos, o que importa no aumento do risco e uma *retirada de chances de sobrevivência* do bem protegido⁸⁵. Esse aumento do perigo faz com que a balança se incline para a proteção do bem jurídico e não significa, de acordo com Roxin, violação ao princípio do *in dubio pro reo*⁸⁶.

Um importante ponto de divergência entre os adeptos da teoria do incremento do risco é a possibilidade de imputação do resultado quando há dúvida sobre se houve ou não o incremento do risco. Para Roxin, também neste caso não cabe a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* se for possível ou provável – mas não comprovado – que o risco tenha sido incrementado⁸⁷. A grande maioria dos autores que adota a teoria do incremento do risco, porém, defende que, no caso de dúvida quanto à ocorrência de incremento do risco decorrente da conduta do autor, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, pois se o incremento do risco é elemento necessário para a imputação do resultado, deve ser ele devidamente comprovado⁸⁸.

Parece-nos que a divergência desses autores com Roxin nesse ponto é correta. A questão aqui se refere à dúvida sobre a existência do próprio incremento do risco, isto é, sobre a presença do elemento que, de acordo com a teoria proposta, justifica a ocorrência do desvalor do resultado e, como consequência, a imputação pelo crime consumado. Se, no caso concreto, analisadas as circunstâncias conhecidas *ex post*, não é possível verificar o efetivo incremento do risco da conduta *ex ante* perigosa em comparação com uma conduta *ex ante* permitida, devido à ausência de provas de que tenha ocorrido uma piora da

83. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 258.

84. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 124.

85. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria...* Op. cit., p. 127.

86. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 259.

87. ROXIN, Claus. Violação do dever... Op. cit., p. 260.

88. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 128.

situação do bem jurídico, é adequado, a nosso ver, que a questão seja resolvida no plano processual. Já que realmente faltam provas suficientes para a condenação, o mais correto é a absolvição, pela dúvida, em relação ao crime consumado, sem que isso signifique qualquer interferência no raciocínio teórico estabelecido no plano do direito material.

Nesse ponto, em opinião aqui defendida, o emprego do *in dubio pro reo* é distinto daquele proposto pelos defensores da teoria donexo ou da inevitabilidade acima criticado. Nos casos de dúvida quanto à *evitabilidade* do resultado com um comportamento alternativo conforme ao direito, existe a certeza de que o risco criado no desvalor da ação foi realmente incrementado no resultado – muito embora não se tenha a segurança de que uma conduta hipotética comparativa praticada dentro do limite do risco permitido tivesse, no caso concreto, evitado o resultado (daí porque não se está tratando de cursos causais hipotéticos). Assim, comparado com o risco que teria sido criado *ex post* por uma conduta permitida, há uma efetiva e constatada piora na situação do bem jurídico (um aumento do risco). Contudo, nas hipóteses agora tratadas de dúvida quanto ao incremento do risco, não há certeza se o risco criado ou aumentado *ex ante* foi, de fato, incrementado *ex post* e realizado no resultado, ou seja, se, comparado com o risco decorrente de uma conduta permitida, aumentou o risco *ex post* ao bem jurídico. A dúvida está, pois, na existência do próprio desvalor do resultado e ocorre por problemas exclusivamente probatórios, que devem ser solucionados no âmbito processual.

Também nesse sentido, Gimbernat Ordeig, inicialmente crítico à teoria do incremento do risco e adepto da resolução da problemática por meio do fim de proteção da norma de cuidado, a esta posteriormente aderiu, acrescentando, todavia, o que chamou de uma *correção* necessária. De acordo com o autor espanhol, da discussão doutrinária e jurisprudencial podem ser extraídos três grandes grupos de casos: i) aquele em que as razões para se limitar o risco permitido, em abstrato, restam confirmadas no caso concreto (a conduta que ultrapassa o risco permitido aumenta, de fato, o perigo de lesão, confirmando a norma de cuidado e justificando a responsabilização); ii) aquele no qual a ação imprudente praticada no caso concreto não incrementa um risco de perigo ao bem jurídico protegido em comparação a uma atuação diligente, em razão da presença de uma variante não prevista quando do estabelecimento da norma limitadora do risco permitido (é o que ocorre no caso da novocaína, em que a observância da regra de cuidado não alteraria o risco de lesão e, por isso, é o caso de absolvição); e, por fim, iii) aquele em que há, no caso concreto, uma *circunstância especial* que faz com que haja dúvida se a ação que ultrapassou o risco permitido efetivamente criou um risco maior de ocorrência do resultado que a ação dentro dos limites do risco permitido. Para Gimbernat Ordeig, nesse último grupo de casos, nos quais não se pode determinar com segurança se *dita circunstância tornou ou não igualmente perigosas as ações proibidas e permitidas* (o autor cita como exemplo o caso do ciclista, tratando a alta taxa de alcoolemia do ciclista como circunstancia especial), a dúvida quanto ao incremento do risco se deve interpretar em favor do acusado e,

portanto, aplicar-se o *in dubio pro reo*⁸⁹. Aparentemente, embora com uma explicação um pouco diversa, Gimbernat Ordeig mantém o entendimento dos demais críticos de parte da teoria do incremento do risco em relação aos casos de dúvida quanto ao aumento do risco de lesão, que divergem de Roxin e aplicam, apenas neste caso, o princípio do *in dubio pro reo*.

Roxin considera, ainda, completamente irrelevantes do ponto de vista da valoração jurídico-penal as hipóteses em que o resultado viria a se produzir mesmo que o agente tivesse se comportado em conformidade com o direito, em razão de uma circunstância localizada fora do âmbito de ação do autor e do seu risco. É o caso, por exemplo, da vítima que viria a suicidar-se caso não fosse atropelada, da morte por doença e do homicídio esperado. Enquanto Kaufmann defende a absolvição do agente, a teoria do incremento do risco não vê motivos para a sua impunidade, mesmo que, nos casos de uma conduta alternativa permitida, o bem jurídico fosse lesionado⁹⁰.

A adoção do critério desenvolvido por Roxin para a solução dos citados casos clássicos da jurisprudência alemã levaria, no caso do farmacêutico, à absolvição do agente, pois a adequação do tratamento com as normas da ciência demonstra a inexistência do aumento do risco permitido. Tal não ocorreria, contudo, caso o médico pudesse ter verificado, por meio da realização das consultas, os sintomas de envenenamento do menino a tempo de salvá-lo. Por sua vez, no caso dos pelos de cabra, o fabricante merece ser condenado, pois, de acordo com a sentença proferida pelo Superior Tribunal Federal alemão, não se pôde garantir com certeza que os métodos de desinfecção teriam sido ineficazes para a eliminação do bacilo, ou seja, a entrega incontrolada do material significava um aumento do risco permitido. Diferentemente seria, porém, caso se comprovasse que os métodos de desinfecção eram inúteis para a eliminação do bacilo⁹¹.

No caso da novocaína, a aplicação da teoria do incremento do risco levaria à absolvição do agente caso a morte tivesse sido causada por uma narcose mortal, ocorrida em razão da especial e anormal situação do paciente (não redução da glândula timolinfática). Contudo, existindo a possibilidade de o resultado ter ocorrido em razão de um envenenamento provocado pelos efeitos nocivos da cocaína, o resultado deve ser imputado ao médico, ainda que também pudesse ter sido causado por uma narcose⁹². Já no caso do ciclista, a adoção da teoria do incremento do risco levaria à condenação do motorista do

89. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El comportamiento alternativo conforme a derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial B de F. p. 68-87.

90. ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 261.

91. ROXIN, Claus. Violação do dever... Op. cit., p. 261-265.

92. ROXIN, Claus. Violação do dever... Op. cit., p. 265-266.

caminhão, pois ao superar o risco permitido com o desrespeito da norma de trânsito, o agente elevou o risco de produção do resultado⁹³.

Essa construção teórica sofreu uma reformulação normativa nos trabalhos de Bernd Schünemann⁹⁴, cuja pretensão, segundo as suas próprias palavras, fora a de realizar uma *correção dogmática inquestionável* para a teoria do incremento do risco⁹⁵. Schünemann propõe que a averiguação do incremento do risco seja feita a partir da análise *ex post* sobre se a norma infringida *ex ante* pode ser considerada, com base nas circunstâncias conhecidas após a ocorrência do resultado, como um meio político-criminalmente apropriado para impedir a lesão produzida ao bem jurídico; serão apropriadas, de acordo com o autor, as normas que, embora não o excluam cem por cento, reduzam o risco de produção do resultado. Isso com o fundamento de que as normas de deveres de cuidado não têm por finalidade impedir com certeza a produção do resultado, mas buscam reduzir de forma considerável o risco de ocorrência de lesão ao bem jurídico⁹⁶.

Schünemann avalia a existência do incremento do perigo não por meio de uma comparação de riscos, mas a partir da eficácia da norma de uma perspectiva *ex ante* e *ex post*. Para o autor, se a norma continua a ser considerada eficaz para a redução do risco do resultado mesmo com os conhecimentos adquiridos *ex post*, deve ser realizada a imputação. Caso contrário, se, com os conhecimentos novos adquiridos após a ocorrência do resultado, a proibição se mostra inidônea ou ineficaz no caso concreto, não deve ocorrer a imputação do resultado⁹⁷. A pena, nestes casos, não teria uma finalidade político-criminal⁹⁸.

A teoria do incremento do risco sofre diferentes críticas, entre elas a de que viola o princípio do *in dubio pro reo*. Os seus opositores consideram que a ausência de certeza de que o comportamento alternativo correto do autor também teria ocasionado o resultado lesivo significa a ausência de certeza de que o risco não permitido foi o que efetivamente

93. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 392-393.

94. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 39.

95. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 229-230.

96. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: *Obras*. Buenos Aires, Rubinzal, 2009. t. I. p. 411-412.

97. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 229-230.

98. SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 40.

se realizou⁹⁹. Para os críticos, como o aumento do risco não é capaz de, por si só, garantir que a lesão ao bem jurídico foi resultado da violação do dever de cuidado, admitir a punição nestas circunstâncias seria aceitar a dúvida em prejuízo do réu. Não seria, portanto, um problema de ordem material, mas sim a ser resolvido na esfera processual¹⁰⁰. Além disso, criticam que a impossibilidade de aplicação do princípio do *in dubio pro reo* nos casos de dúvida demonstra a incoerência da ideia de Roxin com a sua própria fundamentação, pois, se a inexistência de um nexo específico entre a violação do dever de cuidado e o resultado típico importaria na revitalização do *versari in re illicita*, não seria possível entender o motivo pelo qual isso não o seria nos casos de dúvida quanto ao incremento do risco¹⁰¹.

Discordamos, porém, de tais críticas dirigidas à teoria do incremento do risco. A constatação do nexo específico entre ação e resultado não ocorre por meio da certeza da inocorrência do resultado se analisado comparativamente a um comportamento lícito alternativo – o que importaria na exclusão do desvalor do resultado em quase todos os casos –, mas da conclusão de que o risco criado foi efetivamente incrementado no resultado (piora da situação do bem jurídico), ou seja, de que a conduta ilícita efetivamente ocasionou aquilo que a norma penal tinha por escopo evitar. Não se trata, pois, de dúvida da realização do risco no resultado, mas da confirmação *ex post* do perigo criado/aumentado *ex ante*.

Essa conclusão, todavia, como já expusemos, não é a mesma nos casos de dúvida sobre o próprio incremento do risco, hipótese que realmente deve ser resolvida no âmbito processual. Embora Roxin defenda que também nestas hipóteses está presente o desvalor do resultado¹⁰², a ausência de certeza, por falta de provas, quanto ao próprio aumento do risco importa na dúvida, também por falta de provas, quanto à idoneidade da norma, no caso concreto, para a proteção do bem jurídico e, por essa razão, a incerteza derivada da ausência de elementos probatórios a respeito da eficácia da proibição deve ser interpretada em benefício do agente. De fato, a utilização de argumentos de *probabilidade* ou *possibilidade*, desvinculada de provas científicas do incremento do risco, relega ao arbítrio judicial a resolução quanto à tipicidade no caso concreto, pois significa o emprego equivocado de argumentos de direito material para superar um problema de ausência de provas no plano processual.

Ainda é levantada uma outra objeção à teoria do incremento do risco: a conversão dos crimes de resultado em crimes de perigo. Para os críticos da ideia de Roxin, ao afastar

99. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 393.

100. CAVALCANTE SOUZA, Luylla. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, 2007. p. 104.

101. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 226.

102. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 396.

a necessidade de certeza da impossibilidade de evitação do resultado por um comportamento correto, ou seja, de que o resultado é consequência da criação ou aumento do risco proibido, a teoria do incremento do risco trata o resultado não como parte do tipo, mas como mera condição objetiva de punibilidade. A construção de Roxin consistiria, pois, em uma manipulação dogmática para se punir a tentativa de delitos culposos, convertendo atos de execução imperfeita em crimes consumados, em contrariedade ao definido pelo legislador¹⁰³. Essa alegação, contudo, também não é correta. Isso porque não basta, para a ocorrência do delito, a presença do desvalor da ação, suficiente para os crimes de perigo; é necessário que na causação do resultado haja a confirmação da piora da situação do bem jurídico com o comportamento inadequado: o perigo, pois, se realiza no resultado.

A teoria do incremento do risco também recebe a mesma acusação dirigida à teoria da evitabilidade, de se utilizar, ainda que disfarçadamente, da fórmula da *conditio sine qua non* e de atribuir relevância a cursos causais hipotéticos. Essa crítica alega que, apesar de Roxin tentar desvincular a constatação do incremento do risco da utilização de fórmulas hipotéticas, nem sempre pode ser cientificamente comprovável, por meio de constatações empíricas, a diminuição do risco ou a possibilidade de evitação do resultado se o agente tiver atuado em conformidade com o direito, principalmente em se tratando de relação humanas envoltas por inúmeras circunstâncias que mudam caso a caso. O juízo quanto ao incremento do risco, por levar em consideração todos os dados conhecidos ainda que *ex post*, leva a que dificilmente ocorram situações que experimentem as mesmas condições (peculiaridades) em cada caso concreto. Nessas circunstâncias, torna-se difícil aplicar o método proposto por Roxin sem a utilização de cursos causais hipotéticos, os quais, todavia, não ajudam a esclarecer o que efetivamente ocorreu de um ponto de vista fático¹⁰⁴.

Por fim, há a crítica de que a teoria do incremento do risco, ao indagar se a substituição mental do comportamento real pelo comportamento prudente, deixando intactas todas as circunstâncias existentes no caso concreto, diminuiria o risco de lesão ao bem jurídico, significa nada mais do que empregar a fórmula da *conditio sine qua non*, o que remete aos mesmos problemas sustentados pela crítica da teoria da evitabilidade. Contudo, assim como na teoria do nexo, de acordo com seus críticos, a utilização do antigo critério causalista também conduziria o intérprete a resultados errôneos, como nos casos de causalidade cumulativa. Nesse sentido, cita Martinez Escamilla o caso em que A e B, independentemente, colocam doses mortais de veneno no café de X, que falece em razão do envenenamento: o comportamento correto de A não poderia ter evitado a morte

103. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 42-43.

104. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 217-223.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 168. ano 28. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, junho 2020.

de X (evitabilidade), da mesma forma que, tampouco, teria diminuído as possibilidades de sua diminuição (incremento do risco); a aplicação de ambas as teorias, portanto, implicaria a não imputação de A (ou de B, caso esse tivesse hipoteticamente se comportado corretamente no lugar de A)¹⁰⁵.

Tais críticas, assim como as demais anteriormente refutadas, não são corretas. A teoria da *conditio sine qua non* é utilizada – entre tantas outras existentes – para resolver questões *causais* baseadas em uma análise unicamente ontológica, ou seja, para se constatar se um fato pode ser apontado como a causa de um determinado resultado, sem que se recorra, para tanto, a quaisquer critérios valorativos. Por sua vez, a averiguação da existência do desvalor do resultado, baseada na análise dos comportamentos alternativos conforme ao direito, utiliza-se da observação de um comportamento hipotético correto unicamente para fins comparativos, realizada a partir de uma perspectiva axiológica: valora-se a conduta do agente com base na piora ou não da situação do bem jurídico em comparação a uma conduta correta. Como bem destaca Rocha, não se trata, aqui, da *constatação* do nexo entre a ação e o resultado, mas da *valoração* dessa conexão já previamente averiguada pela causalidade¹⁰⁶.

Da mesma forma, quanto à censura relativa aos casos de causalidade cumulativa, entendemos que não assiste razão às críticas apresentadas. A nosso ver, porém, Roxin não explica suficientemente, com base na sua ideia de proteção aos bens jurídicos, porque nesses casos estaria excluída a análise do incremento do risco. Tomemos o exemplo de Martinez Escamilla: uma conduta hipotética permitida de A, de fato, não piorou *ex post* a situação do bem jurídico de X, na medida em que a conduta de B já era suficiente para matar a vítima e vice-versa em relação à análise da conduta de B.

Por outro lado, o sentimento de justiça faz pensar que não há porque excluir a responsabilidade pelo crime consumado, tanto de A quanto de B, em razão da lesão ao bem jurídico de X. Não se deve desprezar a proteção de determinado bem jurídico devido à existência de outra ameaça proveniente de um segundo comportamento ilícito de um terceiro. Isso significaria punir a própria vítima com a desproteção parcial de seu bem jurídico (limitada a punição à tentativa), em razão de ter sido agredida não apenas uma vez, mas duas ou mais vezes simultaneamente. Tampouco se pode simplesmente ignorar a aplicação da teoria do incremento nos casos de causalidade cumulativa apenas porque leva a soluções desagradáveis, pois tal significaria torná-la uma teoria *ad hoc*.

Diante desse problema, Puppe acrescenta a ideia de que, na análise do incremento do risco, deve ser levada em conta a *suposição* de que o segundo atuante de forma ilícita

105. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. p. 222.

106. ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 71.

tivesse, na situação em concreto, se comportado de acordo com o direito¹⁰⁷. No caso proposto, conforme a solução adotada por Puppe, tanto A quanto B não poderiam se exonerar de sua responsabilidade sob o argumento de que o resultado teria ocorrido ainda que tivessem se comportado de acordo com o direito, já que a lesão adviria, de todo o modo, do comportamento ilícito do outro. Todavia, embora correta a conclusão de Puppe quanto à impossibilidade da escusa de responsabilidade do autor pela ofensa ao bem jurídico em razão da existência de uma segunda ação ilícita, é duvidosa a adoção de seu critério. Isso porque, ao trabalhar a verificação do aumento ou da diminuição do risco com base na suposição de um comportamento correto do segundo atuante, afasta-se a autora da ideia de que o comportamento alternativo conforme ao direito, por se tratar de uma análise de desvalor do resultado, deve levar em conta todos os fatos conhecidos *ex post*, o que inclui, também, a atuação ilícita de um segundo autor. Puppe, assim, ao propor que se suponha lícito o comportamento que, *ex post*, já se conhece como ilícito, abre uma exceção *ad hoc* na análise do desvalor do resultado e, portanto, sua proposição não parece adequada para a solução do problema.

Diante de tal dilema, defendemos que a validade geral da teoria do incremento do risco depende da inclusão de um novo critério na análise do desvalor do resultado por meio da observância do comportamento alternativo conforme ao direito. Esse critério é o seguinte: *estará ausente o desvalor do resultado quando a conduta do agente, comparada com uma conduta hipotética correta sua, não tiver piorado ex post a situação do bem jurídico, pois já afetada pelo germe de dano em razão de causas naturais ou de uma conduta consciente de seu próprio titular.*

A questão passa a ser, então, esclarecer o conceito de *germe de dano*. Optamos por definir germe de dano como a presença de fatores naturais ou circunstanciais não relacionados a um comportamento humano ou quando há um comportamento humano consciente proveniente do próprio titular do bem jurídico. O germe de dano decorrente de fatores provenientes da natureza não pode ser punido porque se encontra fora da esfera de responsabilização penal (não se pode, por exemplo, punir uma célula que desenvolve uma doença em determinada pessoa). Já o germe de dano derivado do comportamento consciente do próprio titular do bem se encontra dentro da esfera de autonomia e liberdade de agir de quem se autolesiona (não punível). Nessas situações, a exclusão da responsabilidade do agente se justifica porque o bem jurídico já estava, de toda a forma, afetado por causas ou atos situados fora do âmbito de responsabilização penal.

Diferentemente, contudo, são as situações em que o dano ou perigo de dano simultâneo decorre de uma conduta ilícita de um terceiro, não relacionada a fatos incontrolláveis da natureza e não autorizada pelo titular do bem jurídico. Em tais circunstâncias, não é plausível excluir o desvalor do resultado só porque existe outra situação de dano ou perigo de

107. GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 76.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 168. ano 28. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, junho 2020.

dano, pois, como já afirmado, isso significaria punir o próprio titular do bem jurídico com uma desproteção parcial em razão da existência de duas ou mais pessoas atuando contra ele, o que não é justificável num direito penal voltado à ideia de proteção de bens jurídicos.

Sob essa perspectiva, é mantida, por exemplo, a exclusão do desvalor do resultado do comportamento do farmacêutico que vende o medicamento, sem o correspondente receituário médico, ao paciente que falece em razão da ingestão do remédio, pois a adequação ao tratamento não teria melhorado a situação do bem jurídico, na medida em que preexistente condição física não conhecida (causa da natureza/circunstancial). Com o mesmo raciocínio, haveria a exclusão de responsabilidade do motorista de caminhão que atropelou o ciclista, caso se verificasse, *ex post*, que a observância das normas de cuidado não teria com certeza melhorado a situação do bem jurídico (na hipótese de certeza de que não houve o incremento do risco), devido à embriaguez da vítima (germe de dano implantado pelo próprio titular). Mas, demonstrado o incremento do risco, caberia a responsabilização diante da piora da situação do bem jurídico.

Já no caso apresentado por Martinez Escamilla, em que A e B, simultaneamente e sem conhecimento um do outro, colocam doses mortais de veneno no café de X, não se poderia excluir o desvalor do resultado, pois o germe de dano foi implantado por ambos e não em decorrência da natureza ou de uma ação consciente da própria vítima X. Como dito acima, excluir a responsabilidade de ambos seria desproteger o bem jurídico em razão de condutas praticadas por indivíduos responsáveis atuando dentro da esfera de liberdade de terceiro. Diversamente, porém, seria se A ministrasse um veneno mortal a X, que, desgostoso da vida, também tivesse colocado em seu café uma dose letal do mesmo veneno para se suicidar, sem que ambos soubessem previamente de tais ações: nessa situação, como o bem jurídico já estava afetado pelo germe de dano, a conduta de A não teria melhorado a situação do bem também afetado por uma atuação livre e danosa da própria vítima suicida, e, por isso, A responderia unicamente pelo homicídio tentado. Caso X, contudo, colocasse veneno em seu café acreditando se tratar de adoçante dietético, sua ação não serviria para excluir a imputação de uma conduta proibida praticada por A, na medida em que, por não ter sido consciente, a atuação de X não se deu, verdadeiramente, dentro de sua esfera de liberdade de dispor de seu bem jurídico, sendo inexistente o germe de dano exigido para a possibilidade de exclusão do desvalor do resultado.

CONCLUSÃO

A função do direito penal é proteger bens jurídicos e a legitimidade da proibição penal de um comportamento deve girar, essencialmente, em torno da tutela de tais bens¹⁰⁸. Por

108. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 13-14.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 168. ano 28. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, junho 2020.

isso, não podem ser consideradas legítimas proibições de comportamentos inidôneas para evitar uma ofensa ou ameaça de lesão ao bem jurídico que a norma tem por escopo proteger. A análise sobre comportamentos alternativos conforme ao direito é importante, portanto, para esclarecer se o bem jurídico penalmente protegido pela norma violada também estaria sob a mesma ameaça caso o agente tivesse agido corretamente, isto é, se o descumprimento das regras penais piorou, de fato, *in concreto*, a situação daquele bem que a norma visa a proteger e, assim, se a proibição do comportamento era realmente idônea para melhorar a situação do bem jurídico.

Assim, além da relevância da problemática dos comportamentos alternativos conforme ao direito para a imputação objetiva do resultado, é possível concluir que a teoria do aumento do risco é a mais correta para a averiguação do nexos específico entre a ação e o resultado, pois a sua construção teórica estabelece critérios mais precisos e adequados ao fim de proteção de bens jurídicos. A verificação do desvalor do resultado deve ser realizada conforme o raciocínio desenvolvido por Roxin e levar em consideração o aumento do risco no resultado. O ponto de divergência em relação ao pensamento de Roxin nos parece estar, todavia, nos casos de dúvida quanto ao próprio aumento do risco. Embora Roxin defenda que também nestas situações estará presente o desvalor do resultado¹⁰⁹, a utilização de argumentos de *probabilidade* ou *possibilidade*, desvinculada de provas científicas do incremento do risco, permite ao arbítrio judicial superar um problema de falta de provas no caso concreto com argumentos de direito material referidos à tipicidade objetiva. Roxin, nesse ponto, em sentindo inverso ao dos defensores da teoria da evitabilidade quando propõem a absolvição pela dúvida nos casos de incerteza da ocorrência do resultado, lança um argumento de direito material para superar um problema de ordem processual.

A solução, todavia, deve respeitar os limites de cada plano: há desvalor do resultado diante da comprovação científica de que ocorreu o incremento do risco no resultado e, em caso de incerteza quanto a esse incremento, é o caso de solução, no âmbito processual, devido à ausência de provas, mediante a aplicação do *in dubio pro reo* (quanto ao delito consumado). A questão, portanto, não é a identificação de hipótese merecedora de imputação no âmbito material, mas de juízo sobre a suficiência de provas, no âmbito processual, sobre se uma hipótese que já se sabe merecedora de imputação no plano material efetivamente ocorreu no caso concreto.

Além disso, é necessária a introdução, na teoria do incremento do risco, de um novo critério para a exclusão do desvalor do resultado nos casos dos comportamentos alternativos conforme ao direito. Esse critério consiste no raciocínio de que somente não haverá a imputação quando o comportamento hipotético não melhorar, *ex post*, a situação do bem jurídico, em razão de esse já estar contaminado pelo germe de dano

109. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 344-345.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTIN, Janice. Conduta alternativa conforme ao direito e incremento do risco: quais os limites da responsabilidade criminal pela causação de um resultado lesivo ao bem jurídico? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 168. ano 28. p. 37-67. São Paulo: Ed. RT, junho 2020.

decorrente de causas naturais ou circunstanciais ou, ainda, de conduta humana praticada conscientemente pelo próprio titular do bem jurídico dentro de sua esfera de liberdade.

Nessa perspectiva, a análise dos comportamentos alternativos conforme ao direito exclui o desvalor do resultado quando a prática da ação incorreta não importar, *ex post*, em uma piora ao bem jurídico já afetado pelo germe de dano (decorrente de causas ou ações situadas fora da esfera de responsabilização penal), e confirma a imputação quando o desvalor da ação se confirmar no resultado, revelando-se idônea para a proteção do bem jurídico penalmente tutelado pela norma infringida. Todavia, essa confirmação não importa, por si só, no reconhecimento do desvalor do resultado: continua sendo imprescindível a consideração de possíveis causas de exclusão da imputação, além da verificação da compreensão do resultado no fim de proteção da norma de cuidado, para que possa haver uma responsabilidade penal por crime consumado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1997, 448 p.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: Conceptos fundamentales y sistema*. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1973. 276 p.
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003. 845 p.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004. 145 p.
- SOUZA, Luylla Cavalcante. O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 66, p. 77-117, 2007.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Barueri: Manole, 2003. p. 178.
- FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universidad Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000. p. 21-67.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El comportamiento alternativo conforme a derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2017. 275 p.
- GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. 99 p.

- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. 175 p.
- JAKOBS, Günter. *La imputación objetiva en el derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1997.
- KRAMER, Renato; SIQUEIRA, Leonardo. O comportamento alternativo conforme ao direito: comentários à decisão do Juízo de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Delictae*, v. 04, n. 6, p. 88-107, Jan./Jun. 2019.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992. 416 p.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. 459 p.
- PUPPE, Ingeborg. *La imputación Objetiva: Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Granada: Comares, 2001. 160 p.
- REYES ALVARADO, Yesid. El concepto de imputación objetiva. In: *Imputación objetiva y dogmática penal*. Mérida: Universidad de Los Andes, 2005. p. 181.
- ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. 222 p.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: Verlag C. H. Beck, 2006. 1136 p.
- ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 235-272.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: *Obras*. Buenos Aires, Rubinzal, 2009, t. I. p. 377-414.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva, de Luylla Cavalcante de Souza – *RBCCrim* 66/44-117 (DTR\2007\314); e
- Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado, de Danielle Souza de Andrade e Silva – *RBCCrim* 43/109-128 (DTR\2003\186).

DOLUS INDIRECTUS ONTEM E HOJE

DOLUS INDIRECTUS YESTERDAY AND TODAY

WAGNER MARTELETO FILHO

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.
ORCID: 0000-0003-3905-5925
wmarteleto@gmail.com

Recebido em: 18.10.2019

Aprovado em: 10.03.2020

Última versão do autor: 11.03.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo tem por escopo analisar o desenvolvimento histórico-dogmático do *dolus indirectus* e, a partir daí, conectar o conceito aos problemas contemporâneos da imputação subjetiva e da normativização do dolo, especificamente no que se refere à compatibilização do dolo com o desconhecimento fundado na indiferença, de *lege lata* ou de *lege ferenda*.

PALAVRAS-CHAVE: *Dolus indirectus* – Normativização – Desconhecimento – Indiferença.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the historical-dogmatic development of *dolus indirectus* and, from this point of view, to connect the concept to the contemporary problems of subjective imputation and dolus' normativization, specifically regarding the compatibility of dolus with ignorance based on indifference, in *lege lata* or *lege ferenda*.

KEYWORDS: *Dolus indirectus* – Normativization – Ignorance – Indifference.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito Comum, Glosadores e Pós-Glosadores. 2. A "teoria clássica" da imputação e o desenvolvimento filosófico-dogmático do *dolus indirectus*. 3. A "normativização" do dolo: o renascimento do *dolus indirectus*? 3.1. O desconhecimento doloso. 3.2. Alguma casuística. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

É possível, de *lege lata*, ou recomendável, de *lege ferenda*, inserir, ao plano do dolo, hipóteses em que o agente desconhece a factualidade típica, por indiferença, e nas quais a informação se afiguraria irrelevante para a decisão? Ou o elemento cognitivo, como um dado psicológico, é mesmo um limite intransponível da imputação dolosa? A categoria do *dolus indirectus* ainda possui alguma serventia para o Direito Penal contemporâneo? Ou se cuida mesmo de instituto obsoleto, que deve ser estudado apenas como uma relíquia do Direito Romano e Germânico Comum?

A título de uma primeira aproximação, o que se tomava em consideração, na antiga doutrina do *dolus indirectus*, é que há resultados que nada mais são do que a ação em sua forma “própria/geral” e são inevitavelmente conhecidos pelo agente, enquanto sujeito racional; correspondem a efeitos imediatos da força empregada, que são produzidos *per se*, e não *per accidens*, pela ação, seguindo-se imediatamente a ela, sendo também inevitavelmente “queridos”¹, visto que aquele que quer a causa quer, mediatamente, também o efeito. Essa, em linhas gerais, a proposta de Carpzov, no sentido da imposição da *poena ordinaria* aos casos do *animus indirectus*².

De início, a doutrina do *dolus indirectus* teve o objetivo prático de estender a área do dolo para além do propósito, a cujo âmbito o dolo se quedava circunscrito no Direito Romano³.

Contudo, como se verá, de um simples instituto voltado para solucionar dificuldades de prova, e mesmo para atender às necessidades político-criminais (em casos nos quais a *poena extraordinaria* parecia excessivamente branda), o conceito, com muitas idas e vindas, ganhou inegável substrato “material” e tem sido atualmente retomado para a fundamentação de um conceito “normativo” de dolo, seja no que se refere ao elemento volitivo, seja, ainda que mais excepcionalmente, no que se refere ao próprio elemento intelectual. Dessa retomada pretendo tratar aqui, com atenção particularmente voltada ao problema do desconhecimento por indiferença.

-
1. Veja-se: LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln: Carl Heymanns, 1999. p. 142-143.
 2. CARPZOV, Benedict. *Benedicti Carpzovii practicae novae rerum criminalium imperialis saxônica. Pars prima*. Leipzig: J.F. Gleditsch, 1724, Qu. 28. Sobre o tema: SCHLÜCHTER, Ellen. *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit. Aspekte zu einem Strafrecht in Europa*. Nürnberg: EuWi, 1996. p. 40; PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. ZStW 103 (1991). p. 25, com tradução direta do latim.
 3. Veja-se, sobre isso: LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Bd. 1. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1895. p. 147, a respeito da necessidade de aplicação da *poena ordinaria* aos casos anteriormente circunscritos ao *dolus* como propósito.

O plano do artigo é partir do Direito Comum Germânico/Europeu e do Direito Romano, transitar pela “teoria clássica” da imputação (notadamente com referência a Hegel e aos “penalistas hegelianos”⁴) e alcançar a discussão contemporânea, que repercute nos dois planos (cognitivo e volitivo) de normatização do conceito de dolo.

Em termos metodológicos, o artigo se desenvolverá com emprego do método dedutivo e com a análise das fontes bibliográficas e documentais pertinentes, bem ainda, de modo mais circunscrito, com emprego do método indutivo no que concerne à análise de casos selecionados na jurisprudência ou construídos teoricamente, com o escopo de se colocar em teste as teorias aqui investigadas.

1. DIREITO COMUM, GLOSADORES E PÓS-GLOSADORES

No plano do Direito Romano⁵, a pena pública pressupunha, como regra, a perpetração de um fato doloso, ressaltando-se a identificação do dolo com o *dolus malus*⁶, e com a vontade direcionada ao ilícito (como propósito). A *culpa* se punia apenas de modo excepcional, com a *poena extraordinaria*. Essa bipartição das formas de culpa⁷, no Direito Romano, foi perfilhada pelos juristas italianos (glosadores e pós-glosadores) e foi incorporada na “doutrina” do Direito Comum Europeu⁸, influenciada pelas fontes romanas e também pelo cristianismo⁹.

4. Essa classificação é sempre controvertida. Para uma visão geral, confira-se: RAMB, Michael. *Straf-begründung in den System der Hegelianer. Eine rechtsphilosophische Untersuchung zu den Straftheorien von Julius Abegg, Christian Reinhold Köstlin, Albert Friedrich Berner und Hugo Hälschner*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. passim.

5. Sobre a questão do erro e a exclusão do dolo, no Direito Romano, em face de o dolo ser considerado como sendo um “facto”, veja-se, há mais tempo: SAVIGNY, Friedrich Karl. *System des heutigen römischen Rechts. Band 3*, 1981. p. 388.

6. DAHM, Georg. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XIV. Jahrhundert*. Berlin: Walter de Gruyter, 1931. p. 256.

7. Sigo a tradição da dogmática portuguesa, nesse aspecto, e tomo “culpa” no sentido de culpabilidade. A culpa grafada em itálico corresponde à negligência ou à culpa em sentido restrito.

8. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter Recht, 2007. p. 532.

9. Daí a associação da culpa com a vontade, e o dolo com o vício da vontade (*voluntatis vitium*), ao passo em que a culpa (*stricto sensu*) se associava ao vício do entendimento (*intellectus ac memoriam vitium*). Compare-se: SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die allgemein Lehre von Verbrechen*, 1986. p. 95; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007. p. 533.

Contudo, já então, no sentido de suprir uma lacuna existente entre a *culpa* (na sua forma inconsciente – como vício intelectual puro) e o *dolus* (como vício da vontade), os juristas italianos optaram pelo caminho da extensão da área do dolo, no sentido de que este passasse a abranger também os resultados previstos como possíveis, ainda que não buscados¹⁰ pelo agente.

Assim, no século XIV, com os pós-glosadores, nomeadamente por meio da *Doctrina Bartolis* (Bartolus de Sassoferrato – 1313-1357), deu-se mais uma relevante ampliação da área do dolo¹¹, abrangendo-se os resultados (objetivamente) prováveis ou habituais da ação (ilícita), sobretudo em se tratando de delitos violentos, no âmbito do *dolus indirectus* (*voluntas indirecta*). Isso implicava em uma recusa à perspectiva de vinculação exclusiva do resultado com o propósito (do *dolus* como *animus*), permitindo-se a imputação do dolo (e mesmo a *poena ordinaria*, ainda que com algumas exceções, como a pena de morte¹²) a partir dos indícios objetivos e das circunstâncias do fato.

De se registrar, contudo, que essa doutrina, que seguia a tradição canônica, tinha por objeto, de início, exclusivamente, os resultados colaterais das ações ilícitas intencionais¹³.

Digno de nota que Baldus (Baldus de Ubaldis – 1327-1400) restringiu a *Doctrina Bartoli*, uma vez que passou a exigir o conhecimento efetivo, mesmo para os casos de *dolus indirectus*¹⁴, em que a vontade se afirmava indiretamente, mas não o conhecimento.

No mesmo rumo, já no século XVI, também seguiu a doutrina do espanhol Covarruvias¹⁵, porém em um vínculo mais direto com a *doctrina Bartoli*, visto que esse Autor

10. DAHM, Georg. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931. p. 259, ao ressaltar que a incoerência se apresentava em razão de a *culpa* inconsciente ser punida, mas a consciente não, e que o dolo não abrangia a última, pois exigia a vontade de realização do ilícito. Assim, não fazia sentido em punir aquele que não sabe o que faz, por *culpa*, e deixar impune o que sabe o que faz. Ou bem se fechava a lacuna inserindo tais casos no âmbito da *culpa* ou bem na área do dolo.

Note-se que os glosadores operavam, em regra, com o *dolus praesumptus*, especialmente no campo probatório, mas ainda não conceitual. Sobre isso: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007. p. 538.

11. No sentido da extensão do conceito de dolo para atender a necessidades de prova, e com referência específica a Bartolus, veja-se: DAHM, Georg. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931. p. 262.

12. Veja-se: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007. p. 535.

13. Veja-se: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007. p. 538. Também: HARDWIG, Werner. *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*. Hamburg: De Gruyter: 1957. p. 25. Também: ZIMMERMANN, Abraham. *Dolus eventualis*. Leipzig, 1913. p. 4.

14. Veja-se: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 162, 163 e 169.

15. Sobre esse desenvolvimento: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, 2011. p. 160.

apontava para a “previsibilidade objetiva” para se extrair a *voluntas indirecta*, suficiente, contudo, apenas para a aplicação da *poena extraordinaria*¹⁶.

A extensão da área do dolo experimentou outra relevante alteração, agora no século XVII, com a influente doutrina do pós-glosador alemão Benedikt Carpzov (1595-1666)¹⁷, e com a retomada da *doctrina Bartolis* em suas bases originais: não apenas o querido mas também aquilo que se vincula ao querido de modo imediato ou necessário recaem no âmbito do *dolus*; ao se querer a causa também se quer, mediatamente, o efeito, em termos de *animus indirectus*, ou seja, o dano que regularmente se liga à ação (*immediate et necessario*) também integra o dolo¹⁸.

Carpzov sustentava que aquele que fere a outrem com um instrumento adequado a causar-lhe a morte, já em razão da incontrollabilidade da lesão, tem *animus occidendi*, e sua vontade abrange, assim, o resultado¹⁹. Carpzov afirma que, nesses casos, o agente *sabe*, ou ao menos *precisa saber* – “quia scit, aut saltem scire debeat”²⁰ –, em face da natureza do meio, que o resultado pode ocorrer.

-
16. Veja-se: SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*. 2 Neud. Aalen: Scientia, 1986. p. 110, a assinalar a retomada da *doctrina Bartoli* por Covarruvias, no sentido da imputação dos resultados não totalmente improváveis da ação, ainda que não diretamente queridos.
17. Especialmente em: *Benedicti Carpzovii practicae novae rerum criminalium imperialis saxonica. Pars prima*, 1724, *Quaestio 1, pars prima*. Sobre a biografia de Benedict Carpzov e sua influência para o desenvolvimento da ciência do Direito alemã, é muito importante ver: SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der Deutschenstrafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995. p. 153 e ss. A respeito da *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, com as notas respectivas traduzidas, veja-se, por todos: PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt der Dolus Eventualis, *ZStW* 103 (1991). p. 23-26. Veja-se ainda, no que toca à metodologia de Carpzov, a procura de fundamentar tudo a partir da lei, por meio de ampliações e restrições: HEGLER, August. *Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihrem Einfluss auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpzov ab*. Freiburg: J.C.B. Mohr, 1899. p. 17.
18. Sobre isso: PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt der Dolus Eventualis. *ZStW* 103 (1991). p. 26, a apontar que essa é uma distinção importante entre a doutrina de Carpzov e a doutrina do *versari in re illicita* do Direito Canônico, pois há a exigência de que o resultado seja uma consequência “imediate e típica da ação”. Também: SCHLÜCHTER, Ellen. *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit*, 1996. p. 40. Ainda, acerca da exclusão do resultado “per accidens”: LOBE, Adolf. *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*. Leipzig: Von Veit & Comp, 1894. p. 12. SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der Deutschenstrafrechtspflege*, 1995. p. 173.
19. CARPZOV, Benedict. *Practica novae*, qu. 1, n. 28. Veja-se: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorzatz und Irrtum*, 2007. p. 558. Também: PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, 2011. p. 165. HEUCHEMER, Michael. *Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005. p. 266-267, a observar que, de acordo com Carpzov, o *scire* e o *scire ac debere* devem ser equiparados.
20. *Practicae novae rerum criminalium*, 1724, *Quaestio 1*, n. 29. Explicativo: SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der Deutschenstrafrechtspflege*, 1995. p. 173.

Do ponto de vista prático, Carpzov defendia que, nessas situações, caso assim não se compreendesse, incontáveis homicídios permaneceriam impunes, pois bastaria que o agente afirmasse que apenas queria ferir para se esquivar da censura, o que dificilmente poderia ser refutado²¹.

Embora se trate de um aspecto controvertido, a doutrina do *dolus indirectus*, na concepção de Carpzov, também teve o efeito de afirmar a equivalência normativa do desconhecimento irracional ao conhecimento, abrindo a possibilidade de uma consequente normatização do conceito ao plano do elemento cognitivo²²: *scire* e *scire ac debere* passavam a integrar o dolo²³.

Mesmo então, a questão da extensão da área do dolo era controvertida. Entre os penalistas, *verbi gratia*, Harprecht rejeitava a possibilidade de se incluir no dolo tudo que quedava fora do âmbito do propósito no sentido restrito, e posicionava-se contrariamente à aplicação da *doctrina Bartoli*²⁴.

Tudo visto, e nada obstante a conflituosidade do tema, o pensamento normativo fundamental da antiga doutrina do *dolus indirectus* consiste em que o agente que tem conhecimento acerca do resultado de sua ação, ou aquele que racionalmente não pode deixar de contar com tal conhecimento, em face da regularidade do resultado associado ao meio empregado (*tendit verisimiliter ad finem secutum*)²⁵, não pode se esquivar da censura (dolorosa) alegando que o resultado não era objeto de sua intenção²⁶, ou de que não foi tomado em sua vontade²⁷.

21. *Practicae novae rerum criminalium*, 1724, *Quaestio* 1, n.29. Veja-se, sobre isso: LOBE, Adolf. *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*, 1894. p. 10-11. Ainda: SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, 1995. p. 172.

22. Veja-se ainda: HEUCHEMER, Michael. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005. p. 266, a defender, com alterações, a aplicação da principiologia para fins de uma adequada normatização do dolo.

23. Veja-se, no sentido do *scire ac debere*: KLEE, K. *Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*. Berlin: R.V. Decker, 1906. p. 14. Também: KÖSTLIN, Theodor Reinhold. *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 71. p. 184. PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, 2011. p. 166. JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *ZStW*, 114 (2002). p. 590. Sobre a posição contrária (de não equiparação entre o conhecimento efetivo e potencial, na doutrina de Carpzov), e com outras referências: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007. p. 559.

24. Sobre Harprecht, veja-se, apenas: SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1986. p. 113-114.

25. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007. p. 538.

26. Jakobs ressalta que a rejeição da doutrina do *dolus indirectus* representou (indevidamente) uma decisão por uma concepção “naturalista-psicológica” do dolo, em detrimento de uma concepção normativa. *Das Schuldprinzip*, 1993. p. 22, n.r. 27.

27. Veja-se: PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt der Dolus Eventualis. *ZStW* 103 (1991). p. 27. A Autora, aqui, rechaça várias críticas unilaterais e indevidas ao pensamento de Carpzov.

Agora, em um salto, do Direito Romano e Comum Europeu para o século XVIII e o Direito Penal da *Aufklärung*, passo a cuidar do desenvolvimento propriamente “dogmático” do instituto do *dolus indirectus*, e de suas idas e vindas, até os dias atuais.

2. A “TEORIA CLÁSSICA” DA IMPUTAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO FILOSÓFICO-DOGMÁTICO DO *DOLUS INDIRECTUS*

A principal ponte filosófica para a transposição da categoria do *dolus indirectus* à “dogmática moderna” (tomando-a como iniciada no século XVIII) foi, sem margem para dúvidas, o pensamento de Hegel²⁸.

Que o agente não possa se desviar dos “efeitos imanentes” de sua ação, e que estes efeitos lhe possam ser imputados, é algo que afirmava, e de modo expresso, Hegel²⁹.

Com efeito, na contraposição entre o *dolus directus* (*Vorsatz*) e o *dolus* como *Absicht*, acentuava Hegel³⁰:

“Este universal é o *dolus indirectus*, em oposição ao imediato, individualizado, *dolus directus*. O que a mim pode ser imputado, é a coisa, a natureza, o aspecto universal da natureza. Eu posso dizer: isso não é meu propósito, não foi minha intenção, mas apenas crianças, débeis mentais, podem fazer prevalecer apenas o imediato de seu fato. O homem é um pensante, que pode se apropriar do sentido individual através de seu lado imediato; mas como pensante é de lhe ser presumido, que ele reconhece o aspecto geral do objeto da ação.”

E ainda, nas suas Linhas Fundamentais de Filosofia do Direito, assinalava Hegel³¹:

28. Veja-se, acerca da transição do dolo (como *Vorsatz*) para a intenção (*Absicht*), de modo vinculado ao *dolus indirectus*, em Hegel: LESCH, Heiko Hartmut. *Die Verbrechensbegriff*, 1999. p. 145.

29. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin, 1821, § 119. Comentários em PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 383. Sobre a conexão entre a doutrina do *dolus indirectus* e Hegel, veja-se também: JAKOBS, Günther. ZStW, 114 (2002). p. 591.

30. *Vorlesung über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Bd 3. p. 367, apud STUCKENBERG, 2007. p. 572. *Diess Allgemeine ist der dolus indirectus im Gegensatz zum unmittelbaren, einzelnen dolus indirectus. Was mir imputiert werden kann, ist die Sache, die Natur, das Allgemeine der Natur. Ich kann sagen, es sei nicht mein Vorsatz, nicht mein Absicht gewesen, aber Kinder nur, Blödsinnige haben nur das Unmittelbare ihrer Tat zu verfechten. Der Mensch ist ein Denkendes, der das Einzelne durch den Sinn sich aneignet nach der unmittelbaren Seite; aber als Denekden ist ihm zuzumuten, das er das Allgemeine der Sache der Handlung erkenne.*

31. “Aber die Wahrheit des Einzelnen ist das Allgemeine, und die Bestimmtheit der Handlung ist für sich nicht ein zu einer ausserlichen Einzelheit isolierter, sondern den mannigfaltigen Zusammenhang in

“Mas a verdade do indivíduo é o universal, e a determinabilidade de sua ação, para si, não é sua individualidade externa isolada, mas sim sua múltipla relação com o conteúdo geral, contido em si. O propósito, quando se parte de um agente pensante, contém não apenas a individualidade, mas essencialmente seu lado geral – a intenção.”

Portanto, para Hegel, mesmo os efeitos não previstos, mas “tipicamente previsíveis” da ação (como categoria geral/universal), podem ser imputados ao dolo (enquanto *Absicht* – intenção, na linguagem hegeliana, que tem um sentido objetivo e não subjetivo, de propósito), em conexão com a doutrina do Direito Comum do *dolus indirectus*³².

Como esclarece Stuckenberg, o dolo, na forma de *Absicht*, na linguagem de Hegel, abrange também o resultado não previsto, mas típico e previsível da ação, em uma perspectiva que retoma, portanto, as mesmas bases do *dolus indirectus*³³: o agente, enquanto “pensador e natureza racional”, deve conhecer a generalidade/universalidade do objeto de sua ação, que lhe pode, por isso mesmo, ser imputada. Essa imputação nada mais consiste do que em honrar a racionalidade do sujeito³⁴. A hipótese contrária, isto é, dar ouvidos à alegação do agente, seria uma “contradição performativa”, ou seja, a negação da própria racionalidade³⁵.

Os penalistas do século XVIII, como v. Böhmer – ainda que em outras bases – e especialmente os “hegelianos”³⁶ do século XIX, como o filósofo Michelet, e os penalistas Köstlin³⁷ e Hälschner, seguiram essa trilha, ao reabilitarem – mesmo que não por muito tempo – a categoria do *dolus indirectus*. É ver.

Karl Ludwig Michelet reconhece também uma “intenção indireta”, que compreende o efeito necessário, ainda que não previsto pelo agente, da lesão proposital. Essa “intenção indireta” é o chamado “direito objetivo do facto” e, através de sua imputação, o

sich enthaltender allgemeiner Inhalt. Der Vorsatz, als von einem Denkenden ausgehend, enthält noch bloss die Einzelheit, sondern wesentlich jene allgemeine Seite – die Absicht.”

32. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 118. Assim: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007. p. 572. Também: HSU, Yu-An, *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgzurechnung zum Vorsatzs*. Berlin: Dunker & Humblot, 2007. p. 199, com citação direta na n.r. 323.
33. Veja-se: *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007, p. 572. Também, no mesmo rumo: LESCH, Hartmut H. *Der Verbrechensbegriff*, 1999. p. 136 e 146.
34. HEGEL, Georg Wilhelm. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 118, 132. Veja-se: HEUCHEMER, Michael. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005. p. 288-289.
35. Veja-se: JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. *ZStW*, 114 (2002). p. 591.
36. A classificação geralmente se associa à fundamentação da pena. Sobre isso: *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Carl Winter, 1982. p. 201.
37. *System des Deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Tübingen: Lauppischen Buchhandlung, 1855. p. 192.

agente, na trilha de Hegel, é “honrado” como uma pessoa racional³⁸. O agente é tratado não como um “indivíduo sensorial”, mas sim como um “pensador”, que age de acordo com o caráter geral (não individual) da ação³⁹. Veja-se que Michelet equipara, literalmente, a “intenção indireta” (*indirecte Absicht*) ao *dolus indirectus* dos “juristas”⁴⁰.

Mas isso não era uma perspectiva defendida de modo unânime, tampouco sem controvérsias, nem mesmo entre os penalistas classificados como “hegelianos”.

Luden, por exemplo, postulava que apenas a representação de que o resultado efetivamente iria se produzir configurava o dolo, enquanto a representação da simples possibilidade caracterizaria a *culpa* (em uma interpretação inclusive mais restrita do atual dolo eventual), não fazendo, outrossim, qualquer referência à categoria do *dolus indirectus*⁴¹.

Köstlin também apontava, criticamente, para a ausência de distinção clara entre o *dolus* e a *culpa*, notadamente no grau intermédio da *luxuria*, na doutrina do *dolus indirectus*. Para o Autor, a doutrina do *dolus indirectus* não diferenciava claramente os casos em que o resultado era *inevitável* ou apenas *provável*, bem assim, na última hipótese, não levava em consideração se o agente *previu* ou somente *devia ter previsto* o resultado⁴². De toda sorte, Köstlin avaliava que o “pensamento fundamental” da antiga doutrina do *dolus indirectus* – muitas vezes negligenciado pelos autores do século XIX – consistia na extensão do dolo enquanto simples *propósito* (*Vorsatz*) para se alcançar o conceito (formal-objetivo) de *Absicht* (tomada esta na acepção hegeliana, já referida)⁴³. Ao retomar o tema do dolo na forma da *Absicht*, Köstlin destaca que a “medida” (de valoração) deve ser sempre a “natureza geral da ação”, e não o “arbítrio subjetivo”, chamando a atenção para a “unidade orgânica da ação”, que não pode ser desmembrada em face do “propósito” (*Vorsatz*, mas aqui na linguagem específica de Hegel) do agente⁴⁴. E esse pensamento fica ainda mais claro no que se refere à defesa, pelo Autor, da “teoria da equivalência” (*Gleichwertigkeit*), na *aberratio ictus*, em oposição à teoria da concretização,

38. *Das System der philosophischen Moral*. Berlin, Schlessinger, 1824. p. 89-90. Disponível parcialmente em: [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10041360_00005.html]. Acesso em: 04.12.2017. Veja-se, em análise de Michelet, e com outras referências: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007. p. 573. Também: KÖHLER, Michael. *Die bewusste Fahrlässigkeit*, 1982. p. 203.

39. *Das System der philosophischen Moral*, 1824. p. 88.

40. *Das System der philosophischen Moral*, 1824. p. 90.

41. *Handbuch des teutschen gemein und particularen Strafrechtes*. Jena: 1847, Bd 1, § 36. p. 247 e ss.

42. KÖSTLIN, Theodor Reinhold. *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 71. p. 184.

43. KÖSTLIN, Theodor Reinhold. *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 73. p. 192. Veja-se, sobre o conceito mais amplo de *Absicht*, em Hegel e Köstlin: HEUCHEMER, Michael. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. p. 268, 271-272.

44. KÖSTLIN, Theodor Reinhold. *System des deutschen Strafrechts*, 1855, § 73. p. 191.

uma vez que que sustenta, o Autor, que erros factuais não são relevantes para a imputação⁴⁵.

Abegg⁴⁶, de sua vez, também rejeitava o *dolus indirectus*, ora o equiparando a casos em que se configura o *dolus eventualis* ou o *dolus alternativus* – hipóteses em que o conceito seria superficial –, ora a recusar a imputação dolosa em situações de negligência em sentido restrito.

Ainda entre os penalistas hegelianos, contemporaneamente, Michael Köhler resalta que o próprio Hegel realizou críticas à teoria do *dolus indirectus*⁴⁷, não o encampando de modo integral. Contudo, tais críticas tiveram por objeto a possível confusão entre a categoria do *dolus indirectus* e do *versari in re illicita*, visto que apenas no caso da última categoria os efeitos da ação, debitados ao acaso (*Zufall*), são imputados, enquanto no primeiro somente aqueles resultados previsíveis, ainda que não previstos, se imputam⁴⁸.

Como se sabe, o pensamento do *dolus indirectus* encontraria, no século XVIII, enorme resistência diante das concepções psicológicas e restritas do dolo, cujas linhas foram notadamente traçadas por Feuerbach⁴⁹ e seus contemporâneos, como Grolman⁵⁰, e que influenciaram a dogmática pelo menos até o início do século XX, conduzindo a uma excessiva psicologização do conceito de dolo.

Tudo visto, o certo é que a doutrina de Carpzov e do *dolus indirectus* recebeu amplo reconhecimento no Direito Comum Germânico e Europeu⁵¹, como já explanado *supra*, e começou a ser revisada no século XVIII, com v. Böhmer. Para este último Autor, aquele que “quer” o acontecimento anterior não pode deixar de querer (no sentido de consentir – *Einwilligung*) seu efeito, caso este seja conhecido e previsível, embora não seguro ou

45. KÖSTLIN, Theodor Reinhold. *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*. Aalen: Scientia Verlag, 1970 (reimpressão – Tübingen: Universität Freiburg, 1845). p. 289. Sobre isso, veja-se, explicativo: HEUCHEMER, Michael. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005. p. 267-269.

46. ABEGG, Julius H. *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*. Orla: J.K.G. Wagner, 1836. p. 135.

47. *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Carl Winter, 1982. p. 202.

48. Corretamente: HSU, Yu-An, *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 2007. p. 199.

49. FEUERBACH, Anselm Ritter v. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1823, § 54. p. 51. Explicativo: GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Eine Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 60-61.

50. Numa perspectiva extremamente restrita do dolo como propósito, veja-se: *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*. Giessen: Georg Friedrich Hener, 1798, § 46. p. 22.

51. Uma apresentação geral da *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalis* foi desenvolvida em: LOBE, Adolf. *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*. 1894. passim.

necessário⁵². Desse pensamento se extrai a consideração de que v. Böhmer foi mesmo o precursor do pensamento geral do atual *dolus eventualis*⁵³.

Nada obstante essas idas e vindas, é de se reconhecer que a categoria do *dolus indirectus* tem influenciado, há séculos, a teoria da imputação subjetiva e fornece parâmetros importantes para o exame de uma justificada normatização conceitual. Em que medida isso se reflete na dogmática atual é algo de que vou tratar na sequência.

3. A "NORMATIVIZAÇÃO" DO DOLO: O RENASCIMENTO DO *DOLUS INDIRECTUS*?

A "normatização" do conceito de dolo pode ser considerada uma realidade, ainda que seja objeto de muitos mal-entendidos e controvérsias.

Quanto ao elemento volitivo, já é amplamente reconhecido que a vontade, enquanto conceito jurídico, considera-se em um sentido "atributivo-normativo", e não "psicológico-descritivo". Isso já se vê desde o paradigmático caso da "correia de couro", com a introdução, pelo Superior Tribunal Alemão (BGH), da teoria do "aprovar no sentido jurídico" (*Billigung in Rechtssinne*)⁵⁴, bem assim nas contemporâneas teorias do dolo como "decisão contra o bem jurídico", associadas ao que se convencionou denominar "normativismo volitivo"⁵⁵.

Mas do que se trata, neste breve artigo sobre o *dolus indirectus*, é mesmo da normatização do elemento cognitivo. A pergunta é: se apresenta viável – *lege lata* – ou recomendável – *lege ferenda* – imputar o dolo em hipóteses de desconhecimento "factual" censurável, geralmente associadas à cegueira por indiferença? Ou, por outras: é possível equiparar o conhecer com o "dever de conhecer", ancorado na natureza racional do

52. Veja-se: HSU, Yu-An. *Doppelindividualisierung und Irrtum*, 2007. p. 195. Explicativo: SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, 1995. p. 173.

53. Veja-se, sobre isso: LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in Vergleichend-Historischer und Dogmatischer Darstellung*. Leipzig: Von C.L.Hirschfeld, 1895. p. 172. Também: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum*, 2007, p. 561. SCHEFFLER, Uwe. J.S.F. von Böhmer (1704-1772) und der *dolus eventualis*. – Kann der grosse Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben? *Jura* 7 (1995). p. 352. ZIMMERMANN, Abraham. *Dolus eventualis*, 1913. p. 8.

54. BGHSt, 7, 363. No sentido de que o caso foi mesmo o divisor de águas: ROXIN, Claus. *AT*, 2006, § 12, n.m. 39. p. 453-454.

55. Sobre o "normativismo volitivo", vejam-se: ROXIN, Claus. Zur Normativierung des *dolus eventualis* und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, *FS-Hans-Joachim Rudolphi*, 2004. p. 245 e ss; VOGEL, Joachim. Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes? *GA* 2006. p. 388.

Sobre a vontade extrovertida, veja-se ainda: PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal: Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 147 e ss.

agente e no caráter geral da ação, sem que com isso se borrem as fronteiras do dolo e da negligência?

3.1. O desconhecimento doloso

Jakobs – vinculado à sua perspectiva funcionalista da pena, da culpa (como falta de fidelidade ao Direito)⁵⁶ e, por consequência, das categorias da imputação – assevera que o pensamento fundamental do *dolus indirectus* consiste em que a não tomada, na representação, de informações presentes e disponíveis para qualquer agente racional, por indiferença, não pode exonerar da censura do dolo⁵⁷. Ao perfilhar a doutrina do *dolus indirectus*, Jakobs postula, mesmo de *lege lata*⁵⁸, que não se pode equiparar o “desconhecimento” ao “erro”, visto que o erro pressupõe uma representação “positiva” falsa. Assim, nas hipóteses de desconhecimento por indiferença, quer seja naquelas em que os dados desconsiderados em nada relevariam para a tomada de decisão do agente, não há qualquer razão para a exclusão do dolo⁵⁹, devendo ser aplicada uma redução teleológica ao § 16 do StGB, restringindo-o ao erro. Isso porque, em tais situações (de desconhecimento por indiferença), a comunicação de contrariedade direta à norma, ou de desconsideração desta, se apresenta de modo inquestionável, o que caracteriza o dolo (como conceito jurídico), e não de forma oblíqua ou indireta, como na simples negligência⁶⁰.

Como critério básico de distinção, Jakobs aponta que, nos casos de desconhecimento por descuido, o agente “lança em jogo” os próprios interesses, arriscando-se, por sua incompetência, a submeter-se à *poena naturalis*. Já nas situações de indiferença em face dos resultados colaterais, o agente procura proteger apenas os próprios interesses, tomando como irrelevantes os interesses vinculados, que são lançados em jogo, e isso exatamente porque tais interesses não se afiguram relevantes para a formação da decisão⁶¹. Há, aqui, não um erro epistêmico (de conhecimento), mas um erro de valoração, que desvela a

56. A culpa nada mais é senão a expressão da falta de fidelidade ao direito por parte do agente. JAKOBS, Günther. ZStW, 114 (2002). p. 584.

57. Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002). p. 584 e 593.

58. Inicialmente Jakobs defendia que isso não podia se dar de *lege lata*. Veja-se: Über die Behandlung von Wollensfehler und von Wissensfehler. ZStW 101 (1989). p. 530.

59. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. ZStW 114 (2002). p. 588 e 597.

60. Proximamente: Veja-se: PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*, 2012. p. 389. Contra, a sustentar que o dolo, enquanto conceito tipológico, não pode ser definido sem a presença, em grau mínimo, de um de seus dois componentes: SCHÜNEMANN, Bernd. Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. In: WEIEGEND, Thomas. KÜPPER, Georg (Hrsg.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum .70 Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: De Gruyter, 1999. p. 373.

61. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. ZStW 114 (2002). p. 596.

mesma hostilidade à norma dos casos em que o agente atua com conhecimento acerca daquilo que faz⁶².

Na mesma trilha, afirma Michael Heuchemer, a normativização, como “fio condutor da teoria do erro”, consiste em que do erro como “facto psíquico” nada se extrai para uma imputação funcional⁶³, isto é, que o erro, *per se*, não exonera em caso algum. É a dimensão da inevitabilidade do erro, sua compreensibilidade à luz de uma medida de fidelidade ao direito, que vai ditar o tipo da imputação: um erro desculpável, ainda que evitável, mas compatível, de modo geral, com uma vontade de evitação do ilícito, deve conduzir à imputação da negligência; um erro totalmente incompreensível, fundado em indiferença absoluta pela posição do ofendido, ou em motivos elevadamente censuráveis – como o crasso egoísmo –, e que desvela uma posição de frontal hostilidade à norma, não deve ser qualquer óbice à imputação dolosa⁶⁴. Daí que o Autor, de *lege lata*, pretenda mobilizar toda essa principiologia para o tratamento do “erro de tipo permissivo” (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), reconduzindo-o ao § 17 do StGB⁶⁵ – ao invés de ao § 16 do referido *codex*, como postulam a doutrina e jurisprudência dominantes vinculadas à teoria limitada da culpa⁶⁶, com a consequência da exclusão “automática” do dolo pelo erro, sem a consideração dos fundamentos deste. Para o citado Autor, em uma nova leitura da teoria extremada da culpa⁶⁷, o regime mais flexível do § 17 permite que se opere com os fundamentos

62. JAKOBS, Günther. Altes und neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. In: PAWLIK, Michael (Hrsg.). *Günther Jakobs Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 629.

63. Isso já dizia Binding, em: *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, 1919. p. 133. Acentuava o Autor que o erro não se deve determinar nunca em face de seu objeto, mas sim em virtude da dificuldade em sua evitação.

64. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, p. 34, 284, 288-289, 294.

65. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005, p. 301-302, com uma nova concepção (normativa) da “teoria extremada” da culpa.

66. Veja-se: ENGISCH, Karl. “Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen” ZStW 70 (1958). p. 585. Também: WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969, § 22. p. 168.

Não poderei aqui, por questões de espaço, realizar a análise das teorias do dolo (extremada e limitada) e da culpa (limitada e extremada). Na literatura recente, veja-se uma síntese sobre o desenvolvimento do tema, com referências, em: ALVES, Catarina Abegão. *O erro sobre a validade espacial da lei penal*, 2017. p. 121 e ss.

67. A “teoria extremada da culpa” (*strengen Schuldtheorie*) postula que o dolo, como “portador da finalidade”, tem por objeto exclusivamente as circunstâncias do tipo, e que todo o erro acerca daquilo que se encontra “fora do tipo” se faz inadequado para tocar o dolo. O erro sobre as circunstâncias de uma justificante, assim, não afastaria o dolo do tipo. Veja-se, especialmente: GALLAS, Wilhelm. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. In: KAUFMANN, Arthur et al. (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München, 1979. p. 155.

do erro, e com a possível imputação do resultado ao dolo nos casos de erros grosseiros, fincados na indiferença do agente.

É bem sabido que essa perspectiva normativa, no que se refere ao elemento intelectual⁶⁸, é rejeitada pela doutrina amplamente majoritária, que permanece a exigir o conhecimento como pressuposto (psíquico) inarredável da imputação dolosa⁶⁹, e isso mesmo nas concepções associadas a um dolo “normativo”⁷⁰. A proposta de redução teleológica, por exemplo, do § 16 do StGB (transferível ao art. 16 do CP Português e ao artigo 20 do CP Brasileiro), para fins de nele se incluir apenas o “conhecimento relevante para a decisão” e o erro, tem sido considerada como inconstitucional⁷¹, por ferir a redação expressa da norma penal⁷² e o próprio princípio da culpa.

68. Coerentemente, Jakobs também sustenta que o conhecimento, como fato bruto, nem sempre é suficiente para a afirmação do dolo. Assim, ao plano dos chamados “conhecimentos especiais”, ou seja, vinculados a uma capacidade específica do agente, desconectada do papel exercido pelo agente no momento da ação, não podem ser considerados. Altes und neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, 2017. p. 636.

69. Vejam-se, dentre muitos: STERNBERG-LIEBEN, Detlev. SCHUSTER, Frank. In: ESER, Albin (Hrsg.). *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. (29 Aufl.). München: C.H. Beck, § 16, n.m.10, 2014. p. 342; GAEDE, Karsten. Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses. ZStW, 121 (2009). p. 239; PUPPE, Ingeborg. Vorstellungsinhalt der dolus eventualis, ZStW, 103 (1991). p. 36; COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, §§ 87 e 90. p. 402-403; MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. (2ª Aufl.). Heidelberg: Carl Winters, 1923. p. 259; CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1968. p. 368; PALMA, Maria Fernanda. Questões centrais da teoria da imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal. *Casos e materiais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2004. p. 73-76, no sentido de que, tanto do ponto de vista legislativo como dogmático, não se pode dar um “grande salto” que desligue o dolo do conhecimento e de certa noção de intencionalidade, concluindo que o conhecimento do fato é pressuposto inultrapassável do dolo.

E, ao exigir a presença do elemento intelectual, ainda que a apontar para a desnecessidade de uma “consciência refletida”, manifestada num “pensamento pela fala”, e a se contentar com o “pensamento pela matéria”, na linha de Schmidhäuser, na doutrina portuguesa recente: ALVES, Catarina Abegão. *O erro sobre a validade espacial da lei penal*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 139.

70. Por todos, e a manter o elemento cognitivo como dado psicológico necessário: PUPPE, Ingeborg. Vorstellungsinhalt der dolus eventualis, ZStW, 103 (1991). p. 36.

71. Assim: GAEDE, Karsten. Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerfordernisses. ZStW, 121 (2009). p. 262. Para o autor, uma distinção que tal contraria o sentido semântico da expressão “não conhece”. O risco seria uma completa desconexão entre a imputação subjetiva e o agente, em que o dolo, como a culpa, estaria apenas “na cabeça do outro”. VOGEL, Joachim. Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes? GA 2006. p. 386.

72. Com particular atenção ao problema da cegueira deliberada e à incompatibilidade com o regramento legal do dolo no Brasil, veja-se: LUCCHESI, Guilherme Brener. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 154-155 e 195.

E há mesmo boas razões para não se prescindir do elemento intelectual, como “dado empírico”, para a imputação do dolo.

Primeiro: associa-se a *cognitio* a mais facilitada evitabilidade, decorrente da própria “função de alerta do tipo”: aquele que conhece o contexto factual em que atua possuiria maiores condições, pressuposta a fidelidade ao Direito, de evitar o ilícito. Daí que, ao atuar com o conhecimento das circunstâncias, o agente manifeste de modo mais claro a rejeição à norma, típica do atuar doloso⁷³. Sem as informações factuais, o agente não teria qualquer razão, assim, para formar a “vontade de evitação” e para empreender uma ação alternativa. O agente – nessa perspectiva – precisa considerar (em um juízo subjetivo concreto) a realização do tipo como algo provável, o que tornaria praticamente necessário, para um cidadão leal ao direito, formar a intenção de evitar a realização do fato (e consequentemente do tipo)⁷⁴.

Segundo: considera-se que o querer pressupõe o conhecer, bem ainda que o conhecimento conduz a um maior domínio do curso causal⁷⁵, potencializando-se o risco de concretização do plano do agente. E é precisamente esse domínio qualificado que legitimaria a maior censura do dolo em face da culpa⁷⁶.

Terceiro: objeta-se (e esta é uma crítica difícil), contra o *dolus indirectus*, que a punição do sujeito indiferente como autor doloso acarreta a punição de fatos hipotéticos, na medida em que acaba por ser punido um agente que também teria praticado o fato caso também possuísse o conhecimento atual das circunstâncias.

Tudo isso justificaria, material e teleologicamente, a associação da maior censurabilidade do atuar doloso de modo vinculado ao conhecimento presente (não apenas potencial) das circunstâncias típicas.

Contudo, essas objeções são superáveis.

Seja a partir das bases teóricas da doutrina do *dolus indirectus*, seja na trilha da teoria da imputação hegeliana no que se refere, especialmente, à indisponível racionalidade do sujeito da imputação, e ao “dever de conhecer” – *Pflicht des Wissens* – *scire ac debere* – o

73. Vejam-se: RÖNNAU, Thomas. Der Irrtum und seine Rechtsfolgen. *JuS* 2004. p. 667; FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Berlin: Carl Heymanns, 1983. p. 96, no que se refere ao “partir-para-si” de que haja um risco de produção do resultado.

74. KINDHÄUSER, Urs. Gleichgültigkeit als Vorsatz? In: ARNOLD, Jörg et al. (Hrsg.). *Menschenrechtliches Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München, Beck, 2005. p. 354.

75. Veja-se, com referência à “dominabilidade” ou ao controle da ação: VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 179.

76. PALMA, Maria Fernanda. Questões centrais da teoria da imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal. p. 74. A mesma: *Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em direito penal*: justificação de um critério de vontade. Dissertação de mestrado: Lisboa, 1981. p. 112.

“caráter geral da ação”, como pontos de apoio – e também de partida –, para uma revisão consequente da teoria da imputação subjetiva, é possível colocar em causa, ou ao menos em dúvida, a conclusão de que qualquer erro ou desconhecimento, enquanto fato bruto, deva conduzir, *eo ipso*, à exclusão do dolo, ainda que enraizado na mais absoluta indiferença do agente, e mesmo que fundado em motivos altamente censuráveis. Se o conhecimento, como dado ôntico, se comprovou irrelevante para a decisão do agente, diante de sua completa indiferença à norma e ao contexto factual, não se veem razões cogentes para o afastamento automático do dolo em situações de desconhecimento. Se o que há é um evidente “erro de valoração” (*Wertungsfehler*) não há razões materiais para o afastamento do dolo⁷⁷.

A dificuldade central dessa posição está não ao nível material-axiológico⁷⁸, mas ao plano da prova da indiferença e/ou da irrelevância da informação para a decisão (Jakobs), sem que se recaia em um perigoso direito penal do autor e no julgamento de um cenário puramente hipotético (o que teria feito o agente se soubesse?). Mas dificuldades de prova não devem inibir a dogmática de cumprir sua tarefa de construção de um conceito de dolo normativamente adequado à luz dos fundamentos da pena. E há, sem dúvidas, meios de se demonstrar a irrelevância da informação desconsiderada/ignorada pelo agente para a formação da decisão. Não só a própria confissão como também a análise da racionalidade geral da ação, notadamente a crassa desconsideração dos interesses do ofendido, ao passo que os aspectos associados aos interesses do agente são cuidadosamente levados em conta por ele.

Em termos casuísticos, há inúmeros exemplos de erros de tipo permissivo nos quais o desconhecimento factual desvela uma absoluta indiferença por parte do agente em relação à esfera jurídica do ofendido. Tratarei disso em seguida.

3.2. *Alguma casuística*

Não pretendo realizar um estudo de casos, menos ainda da jurisprudência, mas apenas ressaltar que há possibilidade de se levarem em conta indicadores objetivos da indiferença (em face do contexto factual) que nada têm a ver com a análise da personalidade do agente, e que não dão motivos para a crítica na queda em um vedado direito penal do autor. O exame específico desses indicadores, associado a uma casuística mais extensa, é algo que deve se desenvolver em outro estudo.

77. Assim: JAKOBS, Günther. *Altes und neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff*, 2017. p. 632.

78. Se o Direito pode se agarrar à estrutura psicológica do conhecimento como “dado ôntico”, ou seja, se pode valorar esse dado da realidade como algo merecedor de uma pena mais grave, nada obsta que o Direito também valore, de modo absolutamente equivalente, a indiferença. Por outras: não há um vínculo “ontológico”, nem mesmo lógico (pois seria ilógico apenas dar o mesmo valor ao conhecimento e ao desconhecimento) entre a valoração e o objeto de valoração, que obrigue o Direito a uma decisão normativa, como algo pré-dado ou preestabelecido.

Tomarei aqui apenas dois exemplos a Michael Heuchemer e a Günther Jakobs, indicadores de possível desconhecimento por ignorância grosseira e/ou indiferença aos interesses do ofendido, para fins de ilustração do problema em discussão. O primeiro refere-se ao erro de tipo permissivo e o segundo é um caso geral de desconhecimento das circunstâncias típicas.

Exemplo 1: o orgulhoso proprietário de um veículo, que havia sido lavado e polido por ele (P), visualiza, à distância, um indivíduo com vestimentas de estilo “punk” anarquista (J) se aproximar do automóvel. No momento em que “J” abre sua bolsa – para fins de retocar sua maquilagem, a olhar pelo brilhante para-brisa do automóvel –, “P” valora, sem qualquer fundamento plausível, e em razão de uma visão egoísta e desconsiderada, a situação como um ataque ao veículo, o qual, caso fosse real, justificaria uma ação de defesa. Em face disso, “P” se vale do único meio de que dispunha, qual seja, uma espingarda antiga, e dispara contra “J”, ferindo-o gravemente. Na hipótese de se manter o caso no regime do § 16 do StGB, (e do artigo 16, 2, do CP Português ou do artigo 20 do CP Brasileiro), o dolo do tipo⁷⁹ já fica, desde logo, excluído, independentemente dos fundamentos hostis do erro, que em nada se conciliam com os valores do ordenamento jurídico⁸⁰, e que não se adequam materialmente à censura da negligência.

Exemplo 2: um supervisor de laboratório, ciente da ausência de fiscalização por parte dos órgãos competentes, simplesmente autoriza seus subordinados a lançarem na água quaisquer substâncias, sem “tornar presente” em sua consciência os efeitos causados ao meio ambiente. Em outras palavras, o agente não possui, por absoluto desinteresse, a “representação atual” (exigida para o dolo, segundo a doutrina amplamente dominante) de que está sendo executado um delito ambiental; por outro lado, em face da experiência concreta do agente, no que se refere à falta de fiscalização, a informação acerca do dano era para ele irrelevante, na medida em que não alteraria sua decisão, ou seja, não proibiria os funcionários de lançarem os resíduos no rio⁸¹, caso estivesse ciente.

Quanto ao erro de tipo permissivo, afigura-se razoável sustentar que exonerar da censura do dolo subverte – ou mesmo inverte – o princípio da prioridade da tutela dos interesses do ofendido, uma vez que a completa ausência de verificação dos pressupostos da defesa indica uma profunda indiferença, por parte do agente, pela integridade física da vítima. Essa indiferença completa, racionalmente comprovável, traduz a comunicação da direta contradição à norma peculiar do comportamento doloso, que extravasa os

79. Ainda para os que sustentem que o que “cai” é o dolo da culpa, o que importa é que o regime jurídico passa a ser o da negligência. Entre os que defendem que o que se exclui, no caso, é o dolo da culpa: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 398-399.

80. HEUCHEMER, Michael. *Erlaubnistatbestandsirrtum*, 2005. p. 60.

81. JAKOBS, Günther. *Altes und neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff*, 2017. p. 630.

limites objetivos da negligência. A automática exclusão do dolo, portanto, se demonstra materialmente injustificada.

No que se refere ao exemplo da irrelevância da informação para a decisão, também parece possível argumentar, diante do contexto factual – que deve ser cuidadosamente demonstrado – que havia, por parte do agente, também uma posição de indiferença acerca do que era descartado pelos subalternos. O conhecimento factual, em face da demonstrada posição de indiferença, afigurava-se, portanto, irrelevante para o agente. Caso isso seja devidamente demonstrado, com emprego de todos os meios de prova admissíveis, também pode-se concluir que a omissão do agente traduziu uma negativa direta de validade da norma, ainda que sem o conhecimento presente do contexto de ação.

A questão que persiste, contudo, é que a redação dos dispositivos disciplinadores do dolo, no Brasil, na Alemanha e em Portugal, parece não permitir a imputação do dolo em casos de desconhecimento por indiferença. Resta a exceção, no caso alemão, para o erro de tipo permissivo, uma vez que não disciplinado expressamente, não havendo óbice à recondução ao § 17 do StGB.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma cuidadosa revisão da doutrina do *dolus indirectus*, que se afaste de certo “esquematismo empirista” (em termos de conexão absoluta entre dolo e risco, como propunha Carpzov), mas que mantenha as bases de seu pensamento nuclear – associado à racionalidade do agente e à necessidade de que este, como sujeito racional, tenha que conhecer o “caráter geral da ação” –, parece ser o melhor caminho para a reconstrução da teoria da imputação subjetiva.

Como fazê-lo, já agora em detalhes (= *quais*, e *como*, os indicadores devem ser considerados), é algo que exorbita os limites deste breve estudo⁸².

Se é certo que da natureza normativa do dolo advém a necessidade de fundamentação do seu objeto de referência (o dolo não “é” vontade nem “é” conhecimento, pois do “ser” nunca decorre o “dever-ser”), também é certo que a renúncia, por quaisquer razões normativas, ao principal (senão único) objeto de referência – ou seja, o conhecimento – igualmente demanda exaustiva fundamentação.

O que se pretendeu, aqui, trazer à luz foi que o reexame da categoria do *dolus indirectus* pode, sim, contribuir para uma justificada “despsicologização” do conceito de dolo, e para a quebra de alguns “tabus” psicologistas ao plano da teoria da imputação subjetiva,

82. Sobre a necessidade de maiores desenvolvimentos da teoria do *dolus indirectus*, para que se torne aplicável: JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*. ZStW, 114 (2002). p. 597. O Autor ainda acentua a relevância da teoria para a solução de casos tradicionais de desvios causais, consumação antecipada e *aberratio ictus*.

ainda que isso conduza, ao final, a manter as coisas exatamente como elas estão, após uma crítica exaustiva, em termos de resultado.

Uma posição, contudo, é de ser avançada: especificamente nos casos de cegueira factual, por indiferença, em que não haja erro propriamente dito, mas sim *ignorantia mala*, em que, entre os múltiplos interesses em jogo, o agente se ocupa apenas com a tutela do próprio, é possível avaliar que a hostilidade perante a norma, típica do atuar doloso, se faz presente. Se isso consiste em uma razão material suficiente para se legitimar a imputação do dolo, de *lege ferenda*, é algo que deixo em aberto.

REFERÊNCIAS

- ABEGG, Julius H. *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*. Orla: J.K.G. Wagner, 1836.
- ALVES, Catarina Abegão. *O erro sobre a validade espacial da lei penal*. Lisboa: AAFDL, 2017.
- BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*. Leipzig: Felix Meiner, 1919.
- CARPZOV, Benedict. *Benedicti Carpzovii practicae novae rerum criminalium imperialis saxônica. Pars prima*. Leipzig: J.F. Gleditsch, 1724.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1968.
- COSTA, José de Faria. *Direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- DAHM, Georg. *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XIV. Jarhhundert*. Berlin: Walter de Gruyter, 1931.
- ENGISCH, Karl. Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen ZStW 70 (1958). p. 565-615.
- FEUERBACH, Anselm Ritter v. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1823.
- FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Berlin: Carl Heymanns, 1983.
- GAEDE, Karsten. Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz? Problematik und Berechtigung der zunehmenden Tendenzen zur normativen Relativierung des Vorsatzerforderniss, ZStW 121 (2009). p. 239-279.
- GALLAS, Wilhelm. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. In: KAUFMANN, Arthur et al. (Hrsg.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. München, 1979. p. 155-179.

- GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Eine Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HARDWIG, Werner. *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*. Hamburg: Cram, de Gruyter: 1957.
- HEGLER, August. *Die praktische Thätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihrem Einfluss auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpzov ab*. Freiburg: J.C.B. Mohr, 1899.
- HEUCHEMER, Michael. *Der Erlaubnistatbestandsirrtum*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- HSU, Yu-An. *Doppelindividualisierung und Irrtum. Studien zur strafrechtlichen Lehre von der Erfolgzurechnung zum Vorsatzs*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- JAKOBS, Günther. Über die Behandlung von Wollensfehler und von Wissensfehler. ZStW 101 (1989). p. 516-537.
- JAKOBS, Günther. *Das Schuldprinzip*. Opladen: Westdeutsche, 1993.
- JAKOBS, Günther. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. ZStW 114 (2002). p. 584-599.
- JAKOBS, Günther. Dolus Malus. In: ROGALL, Klaus et al. (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*. Neuwied: Luchterhand, 2004. p. 107-122.
- JAKOBS, Günther. Altes und neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. In: PAWLIK, Michael (Hrsg.). *Günther Jakobs Strafrechtswissenschaftliche Beiträge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 606-640.
- KINDHÄUSER, Urs. Vorsatz als Zurechnungskriterium. ZStW 96 (1984). p. 20-35.
- KINDHÄUSER, Urs. Gleichgültigkeit als Vorsatz? In: ARNOLD, Jörg et al. (Hrsg.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München, Beck, 2005. p. 344-358.
- KLEE, K. *Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*. Berlin: R.V. Decker, 1906.
- KÖHLER, Michael. *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. Heidelberg: Carl Winter, 1982.
- KÖSTLIN, Christian Reinhold. *System des deutschen Strafrechts. Ableitung 1. Allgemeiner Teil*. Tübingen: 1855.
- KÖSTLIN, Christian Reinhold. *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*. Aalen: Scientia Verlag, 1970 (reimpressão – Tübingen: Universität Freiburg, 1845).
- LESCH, Heiko Hartmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. München: Carl Heymanns, 1999.
- LOBE, Adolf. *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*. Leipzig: Von Veit & Comp, 1894.
- LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichende-historischer und dogmatischer Darstellung*. Bd.1. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1895.

- LUCCHESI, Guilherme Brener. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- LUDEN, *Handbuch des deutschen gemein und particularen Strafrechtes*. Jena, 1847.
- MEYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. (2ª Aufl.). Heidelberg: Carl Winters, 1923.
- MICHELET, Karl Ludwig. *Das System der philosophischen Moral*. Berlin, Schlesinger, 1824. p. 89-90. Disponível parcialmente em: [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10041360_00005.html]. Acesso em: 04.12.2017.
- PALMA, Maria Fernanda. *Distinção entre dolo eventual e negligência consciente em direito penal: justificação de um critério de vontade*. Dissertação de mestrado: Lisboa, 1981.
- PALMA, Maria Fernanda et al. (Org.). Questões centrais da teoria da imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal. *Casos e materiais de direito penal*. Almedina, 2009. p. 53-99.
- PALMA, Maria Fernanda. O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo. In: ANDRADE, Manoel da Costa et al. (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: 2010. v. III. p. 75-88.
- PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PAWLIK, Michael. *Direito Penal: Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2019.
- PÉREZ-BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PUPPE, Ingeborg. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. ZStW 103 (1991). p. 1-42.
- RÖNNAU, Thomas. Der Irrtum und seine Rechtsfolgen. JuS 2004. p. 667-674.
- ROXIN, Claus. Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. In: ROGALL, Klaus et al. (Hrsg.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*. Neuwied: Luchterhand, 2004. p. 243-257.
- SAVIGNY, Friedrich Karl. *System des heutigen römischen Rechts. Band 3*. Aalen: Scientia Verlag, 1981 (2ª. Neud. der Ausgabe Berlin, 1840).
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihre Entwicklung durch die Wissenschaft des gemein Strafrechts*. Aalen: Scientia, 1986 (2 Neud. des Ausg. 1930).
- SCHEFFLER, Uwe. J.S.F. von Bömer (1704-1772) und der dolus eventualis. Kann der grosse Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben? Jura 7 (1995).
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit. Aspekte zu einem Strafrecht in Europa*. Nürnberg: EuWi, 1996.

- SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. In WEIEGEND, Thomas. KÜPPER, Georg (Hrsg.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin: De Gruyter, 1999. p. 363-378.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. SCHUSTER, Frank. In: ESER, Albin (Hrsg.). *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. 29^a Aufl. München: C.H. Beck, § 16, 2014.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter Recht, 2007.
- VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- VOGEL, Joachim. Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes? GA 2006. p. 386-389.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
- ZIMMERMANN, Abraham. *Dolus eventualis*. Leipzig, 1913.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- O dolo no direito romano: conceito, prova e suas influências posteriores, de Pedro Jorge Costa – RBCCrim 124/37-63 (DTR\2016\24293); e
- Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica, de Carlos María Romeo Casabona – Ciências Penais 3/7-32 (DTR\2005\403).

O JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL E NO CHILE: BREVE OLHAR COMPARATIVO

THE GUARANTEE JUDGE IN BRAZIL AND CHILE: BRIEF COMPARATIVE LOOK

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Desembargador aposentado do TJRJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UERJ e Mestre pela PUC-RJ.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0728-4328>

gustavograndine@gmail.com

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UFPR. Mestre e Doutor pela UFPR.

Professor universitário. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9249-5148>

bruno@mfadvocacia.adv.br

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O artigo se propõe a analisar a figura do juiz de garantias no processo penal chileno, estabelecendo alguns pontos de contato em relação ao juiz de garantias no Brasil, da forma como positivado na regra do art. 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 13.964/2019, o denominado pacote anticrime.

PLAVRAS-CHAVE: Processo penal – Juiz de garantias – Pacote anticrime.

ABSTRACT: the article proposes to analyze the figure of the guarantees judge in the Chilean criminal process, establishing some points of contact in relation to the guarantees judge in Brazil, as stated in the rule of art. 3-A to 3-F, of Law 13,964/2019, the so called anti-crime package.

KEYWORDS: Criminal procedure – Guarantees judge – Anti-crime package..

Sumário: I. Introdução. II. O juiz de garantias chileno. 1. Etapa de investigação. 2. Etapa de preparação do julgamento. 3. Etapa de julgamento. III. O juiz de garantias no Brasil. 1. Breve retrospecto legislativo: avanços – e críticas – ao juiz das garantias no PLS 156/09. 2. Breve retrospecto empírico: separação, em um sistema inquisitório, do juiz da fase de investigação e do juiz do processo. 3. A figura do Juiz de Garantias instituída pela Lei 13.964/19. IV. Conclusão: linhas de comparação entre juiz de garantias no Brasil e no Chile. V. Referências bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende contrastar as disposições legais acerca do instituto do juiz de garantias no Brasil e no Chile.

Não se trata, propriamente, de um trabalho de direito comparado, que exigiria um aprofundamento maior na formação histórica dos dois países, bem como em seus sistemas constitucionais e legais, nas respectivas doutrinas e nas formações de suas jurisprudências. O objetivo foi mais modesto: apenas contrastar as disposições legais do Código de Processo Penal chileno (Lei 19.696, publicada em 12.10.2000, com as alterações posteriores) com a recente Lei 13.964/2019, responsável por introduzir o juiz de garantias no sistema brasileiro.

Delineado o objetivo, cumpre estabelecer algumas hipóteses de investigação: a) as instituições de juízes de garantias nos dois países são representativas de uma tendência democrática, que caminharia para um modelo acusatório, ou, ao contrário, seriam figuras compromissadas com o modelo inquisitorial?; b) assumem elas funções investigativas e a gestão da prova, em colaboração com os órgãos de persecução penal, ou somente funções judiciais a requerimento das partes?; c) nos dois países o juiz de garantias interfere na decisão do titular da ação penal de promovê-la?; d) nos dois países o juiz de garantias desempenha alguma atividade de conhecimento ou ficam impedidos de exercê-la em nome da imparcialidade?; e) são institutos inteiramente semelhantes ou se diferenciam em algum ponto?

A metodologia será o exame crítico das disposições legais nos dois países. Diante da novidade do instituto no Brasil, é inviável pesquisar doutrina e jurisprudência brasileiras para efeitos comparativos. Com essas explicações iniciais, passa-se a ingressar no estudo do juiz de garantias chileno.

II. O JUIZ DE GARANTIAS CHILENO

Conforme se disse anteriormente, não é objetivo proceder a um estudo comparado profundo nos dois sistemas processuais. Ainda assim, algumas considerações iniciais sobre o modelo processual chileno e o porquê de a sociedade chilena chegar a tal modelo

devem ser feitas para que o leitor seja introduzido na temática e para melhor compreender o funcionamento do juiz de garantias.

Tanto como os demais países da América Latina¹, o Chile passou por um longo período autocrático, ditatorial militar, iniciado com a deposição e morte do presidente eleito, Salvador Allende, em 11.09.1973, por um golpe de estado do general Augusto Pinochet. A ditadura chilena se estendeu, assim, desta data até 1990.

Interessava ao regime chileno autoritário – como aconteceu nos demais países da América Latina – a manutenção do sistema inquisitorial, herdado dos antigos modelos inquisitoriais europeus, especialmente o código espanhol de 1882, e o italiano, este último, elaborado por Arturo Rocco em pleno fascismo italiano, em 1930. No Chile, havia até uma peculiaridade inusitada: simplesmente não existia a instituição do MP, cabendo, ao juiz, investigar os fatos típicos, instruir a ação penal e prolatar a sentença. Nada mais inquisitorial, cumprindo lembrar que, naquele tempo, a tortura era amplamente utilizada no país de Pinochet.

A partir da reconstrução democrática, impôs-se reformar o modelo processual e substituir o velho sistema inquisitivo por um outro mais consentâneo com um regime democrático: o sistema acusatório. A propósito, a doutrina processual penal percebera a íntima associação entre o sistema inquisitivo e o autoritarismo, de um lado, e o sistema acusatório e a democracia, de outro.

Por todos, vale lembrar Alberto Binder, que bem o percebeu, relacionando ambos à legitimidade da jurisdição penal. Para ele, a legitimidade do juiz em uma república democrática é construída pelo compromisso deste com a verdade, mas exigindo-a dos acusadores, enquanto, no modelo inquisitorial-autoritário, o juiz utiliza a ideia de verdade como “motor de búsqueda”, o que lhe permite “saltar por encima de las condiciones del litigio, en busca de la verdad material o de la verdad histórica”². Não é por outro motivo que Binder afirma que o processo inquisitivo não foi inventado para perseguir bruxas, mas foi um mecanismo político-legal-organizacional e cultural a serviço da concentração de poder no marco das monarquias absolutas³.

No contexto, o grande giro do sistema processual chileno foi compreender o caso penal como um conflito de partes (conflito primário), em oposição à visão do delito como uma infração à lei (conflito secundário)⁴. Isso porque, como adverte Binder, “así evitamos que el poder penal se utilice para lograr finalidades morales o simplemente para

1. Cfr. WILLIAMSON, Edwin. *História da América Latina*. Lisboa: Edições 70, 2012.

2. BINDER, Alberto Martin. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002. p. 222.

3. BINDER, A. M. *La implementación...*, cit., p. 218.

4. RÚA, Gonzalo. El juicio oral en el Código del Proceso Penal de Uruguay, desde una mirada adversarial. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González (Coord.). *Código de Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018. p. 207-230.

fortalecer la autoridad del estado sin importar si se ha causado algun daño a los otros ciudadanos”⁵.

Adotou-se, assim, na reforma penal chilena, o princípio da lesividade e, com essa providência, foi possível recolocar o conflito primário como tema central, assegurando-se relevância à vítima no campo processual penal. A atividade jurisdicional assume uma certa passividade, uma vez que decide conflitos promovidos pelas partes, diante da qual mantém uma atitude imparcial.

Nesse modelo, substitui-se o modo de aquisição do conhecimento acerca do caso penal: enquanto no sistema inquisitivo a aquisição de informações é gradual e progressiva desde o primeiro dia de investigação, ficando elas registradas por escrito no inquérito policial (quase sempre sigiloso) e na posterior ação penal, no acusatório o modo de aquisição é a audiência pública, oral e contraditória⁶, momento em que o juiz toma conhecimento das provas produzidas diante de si.

No novo modelo, a audiência assume o lugar da escritura e o juiz, a centralidade no controle e na legitimação da utilização dos métodos repressivos e na prolatação de decisões. Sempre que se pretender alguma decisão judicial, será numa audiência pública, oral e contraditória que ela será produzida⁷.

A atividade das partes permite ao juiz se manter equidistante, alheio à investigação e à decisão sobre as provas que serão usadas no julgamento. Tudo isso concerne às partes, controladas pelo juiz de garantias. Ao juiz incumbe decidir, como terceiro imparcial.

Estabelecidas essas premissas, é possível avançar, de forma bastante genérica, nas disposições do CPP chileno, para então se chegar ao juiz de garantias.

O processo penal chileno está estruturado, no primeiro grau, em três fases/etapas distintas, às quais correspondem três audiências distintas, embora tantas audiências possam ser designadas quantos forem os requerimentos dirigidos ao juiz.

1. *Etapas de investigação*

A primeira fase é a da investigação, a cargo do MP, auxiliado pela polícia. A atividade do Ministério Público na investigação se caracteriza pela sua informalidade, bastando efetuar um registro singelo do que apurou. No Chile não há inquérito policial ou auto de prisão em flagrante, com a formalidade que conhecemos no Brasil.

O princípio da oportunidade permite ao promotor decidir não investigar o fato noticiado por considerá-lo atípico ou quando estiver extinta a punibilidade (art. 168).

5. BINDER, A. M. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. In: CAMPOS, S. P.; POSTIGO, L. G. (Coord.). *Código...*, cit., p. 11-31.

6. NICORA, Guillermo. La investigación preparatoria en el nuevo Código de Proceso Penal. In: CAMPOS, S. P.; POSTIGO, L. G. (Coord.). *Código...*, cit., p. 161-178.

7. BINDER, A. M. El cambio..., cit., p. 11-31.

Também pode arquivar provisoriamente (*sobreseimiento*) pelo prazo máximo de um ano, se entender que a investigação não seria exitosa (art. 167). Nesses dois casos, se a vítima se opuser e oferecer *querella*, o juiz de garantias avalia a fundamentação do promotor e pode determinar o prosseguimento da investigação, em decisão que obriga o MP.

A investigação pode durar até dois anos. No seu curso, havendo necessidade de alguma medida constritiva nos direitos do investigado, será necessário requerer uma *audiência de formalização da investigação* ao juiz de garantias, para a qual o investigado é, em regra, intimado a comparecer, salvo quando o juiz entender justificável realizar a audiência sem conhecimento da defesa. É a partir dessa audiência que o prazo de dois anos começa a contar, ficando suspensa a prescrição nesse período.

A partir do momento em que o MP formaliza a investigação, o juiz de garantias fixa prazo para sua conclusão. Se o prazo de dois anos for superado, o juiz deve fixar um prazo de 10 dias para o encerramento da investigação. Não cumprido o prazo, o investigado ou o querelante pode requerer ao juiz de garantias uma audiência, na qual o juiz de garantias pode determinar o arquivamento definitivo (*sobreseimiento definitivo*), que produz coisa julgada material (art. 247).

O MP pode deixar de investigar quando não se tratar de um fato típico ou quando extinta a responsabilidade penal do investigado ou não revelar interesse público (neste último caso, salvo se a pena for grave ou o crime tiver sido cometido por funcionário público). Nessas hipóteses, fundamentará sua decisão e encaminhará ao juiz de garantias, que deverá notificar a vítima. Se o juiz entender que as hipóteses legais para a decisão do promotor não estão presentes ou quando a vítima se manifestar pelo prosseguimento, determinará a continuação da investigação, decisão que obrigará o promotor (art. 170)⁸. Caso o juiz de garantias concorde com a promoção do promotor, a vítima poderá dirigir-se ao chefe regional do MP, que pode modificar ou manter a decisão de não investigar. Neste último caso, extingue-se a investigação (arts. 168-170).

O investigado também pode provocar uma audiência com o juiz de garantias para que o MP lhe informe do que está sendo investigado. Nessa audiência, o juiz, ouvindo as partes e tomando conhecimento da investigação, fixa os seus limites, de modo a evitar surpresa ao investigado. O investigado pode, se quiser, prestar declarações, bem como também pode solicitar ao promotor que realize diligências em seu interesse, o que também pode ser objeto de decisão do juiz de garantias (arts. 93 e 98). Cabe assinalar que o fundamento de tal requerimento do investigado é o princípio da objetividade, que obriga o MP a investigar também as circunstâncias que eximam, extingam ou atenuem a sua responsabilidade⁹.

8. Sobre o tema, cf.: SUÁREZ, Rafael Blanco. *Código Procesal Penal sistematizado con jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters, 2015. p. 248-249.

9. Art. 3º da Ley Orgánica del Ministerio Público: “En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los

Tratando-se de prisão em flagrante, deve ela ser comunicada ao promotor em 12 horas, que poderá torná-la sem efeito. Não acontecendo essa hipótese, o preso deve ser apresentado ao juiz de garantias em até 24 horas, em uma *audiência de controle de detenção*. Nessa audiência, o promotor deve formalizar a investigação e o juiz de garantias fixa prazo para uma próxima *audiência de preparação do julgamento*.

2. *Etapas de preparação do julgamento*

Na audiência de preparação do julgamento, o promotor deduz a acusação escrita, mas oralmente – podendo fazer alusão aos fatos e às pessoas incluídos na formalização (art. 259) –, e especifica as provas que pretende utilizar. A defesa é ouvida sobre a acusação e igualmente especifica as suas provas. Nenhum documento escrito é apresentado ao juiz (art. 266), mas a defesa tem direito de conhecer o que o MP apurou (art. 266). Ao final da audiência o juiz defere ou indefere as provas pretendidas pelas partes e dita o auto de abertura do júízo oral, que será levado ao conhecimento dos julgadores em outra audiência, denominada *júízo oral*.

O auto de abertura do júízo oral é uma forma de controle formal da acusação e deve conter as acusações que deverão ser submetidas a julgamento e os fatos “que se dieren por acreditados” (art. 277)¹⁰.

Esse auto só é recorrível pelo MP e quando excluir prova sua (art. 277). No entanto, há jurisprudência da Corte Constitucional permitindo a extensão do recurso para a defesa¹¹.

O relevante nessa fase é a verificação de um júízo justo, na expressão de Sáez Martin: “la infracción al principio de congruencia y la introducción de prueba ilegítima vulneran las reglas del contradictorio, cuestión que el juez debe controlar. La actuación del juez tiene por objecto actualizar la adversarialidad”¹². Relembre-se que o princípio da congruência referido se estabelece entre a formalização da investigação e a acusação.

hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extinga o la atenúen”.

10. No Chile há previsão de um controle necessário da acusação de caráter formal, o que não impede decisão de conteúdo liminar negativo. Sobre o tema, cf.: MARTIN, Jorge Eduardo Sáez. El juez de garantía en el sistema adversarial. *El modelo adversarial en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.p. 238.

11. SUÁREZ, R. B. *Código...*, cit.p. 439-441 (cf., especialmente, a referência ao seguinte julgado: Tribunal Constitucional 28.I.2010, Rol n.1535-2009).

12. MARTIN, J. E. S. El juez..., cit., p. 239.

3. Etapa de julgamento

O julgamento é realizado na *audiência de juízo oral*, que é um tribunal coletivo composto por três juízes. Excepcionalmente, o *juízo oral* pode acontecer em julgamento monocrático pelo juiz de garantias, nos casos de menor complexidade e reunidas algumas condições previstas em lei.

O *juízo oral* também segue o princípio da oralidade, não se podendo utilizar documentos escritos (arts. 281-291). Só se admite a leitura de depoimentos para avivar a memória da pessoa que está declarando, com o fim de superar contradições e para esclarecimento do que está sendo narrado (art. 332). Excepcionalmente, o tribunal pode deferir a realização de prova não arrolada e não deferida se a parte demonstrar que não sabia de seu conhecimento (art. 366).

Ao final da produção das provas e dos debates, o tribunal passa a julgar a causa. Em caso de sentença condenatória deve se ater à acusação, mas o tribunal pode classificar diferentemente ou incluir agravantes desde que permita o debate prévio sobre elas (art. 341).

A deliberação do tribunal é privada, mas comunicada imediatamente, na audiência, às partes. Não chegando à conclusão, o tribunal pode estender o prazo para a deliberação por mais 24 horas. A redação da sentença pode ser feita em até 5 dias. Em caso de condenação, o tribunal pode pronunciar a decisão e abrir debate sobre a determinação e o cumprimento da pena, designando data para a leitura da sentença (arts. 343 e 344).

Em síntese, de uma maneira geral, o modelo chileno adota um procedimento por audiências que se desenvolve, basicamente, como a seguir retratado, lembrando-se que tantas outras audiências serão designadas sempre que houver um requerimento dirigido ao juiz:



Fonte: elaboração autor.

Terminada essa visão geral das três fases ou etapas do procedimento penal chileno, cumpre esclarecer que os legisladores chilenos cuidaram de estabelecer mecanismos de evitação do *juízo oral*. São verdadeiras válvulas de escape para dar maior efetividade à justiça criminal diante da evidência de que nenhum sistema consegue dar conta de um número considerável de processos criminais.

Assim, criaram-se duas saídas *alternativas ao processo penal*: a suspensão condicional do procedimento e os acordos reparatórios. Na primeira, não há aceitação de culpa. Uma vez cumprida a suspensão, extingue-se a ação penal com o arquivamento definitivo (arts. 237 e 240). A segunda só pode ocorrer nos casos de bens disponíveis

de caráter patrimonial, lesões menos graves ou delitos culposos (art. 241). Nos dois casos, o juiz de garantias controla a existência dos pressupostos para as duas alternativas, inclusive pode entender que há um interesse público prevalecente que impeça o acordo reparatório.

Além dessas alternativas, previu-se, também, *modalidades de transação sobre o procedimento e de simplificação do procedimento mesmo sem a concordância do acusado*. Uma delas é o *procedimento abreviado*, que pressupõe que o imputado renuncie ao juízo oral, aceitando os fatos descritos na imputação e os elementos de informação que a embasam. O procedimento abreviado só pode ser aplicado em casos de penas de até cinco anos ou de outra natureza não corporal. O juiz controla a liberdade do consentimento do imputado e a existência dos pressupostos para abreviação do rito, podendo recusar a proposta e determinar o juízo oral. A vítima pode se opor ao procedimento abreviado quando a pena não o permitir, cabendo a decisão ao juiz de garantias. Havendo concordância quanto ao rito, o juiz de garantias prolate sentença, *não podendo utilizar exclusivamente a concordância do acusado*, além de não poder impor pena mais desfavorável que a proposta pelo promotor (art. 406).

A segunda alternativa consiste no *procedimento simplificado* para delitos menos graves e praticados em flagrante, com pena inferior a 540 dias de privação de liberdade, também presidido pelo juiz de garantias, a quem caberá decidir. Se o acusado admitir a culpa, o MP pode propor a redução da pena e o juiz de garantias prolate sentença. Caso contrário, mesmo não havendo concordância do imputado, mas estando presentes os pressupostos do procedimento, o juiz de garantias prepara o julgamento simplificado, que presidirá, ou pode postergar a audiência por até cinco dias para possibilitar a preparação da defesa (art. 388).

A terceira alternativa é o *procedimento monitorio* para penas de multa. Se o juiz de garantias entender fundado o procedimento, estabelece como será o cumprimento da multa. Se o acusado pagar, considera-se como sentença executada. Se, em 15 dias, o acusado não pagar ou contestar sua legalidade, designa-se audiência entre 20 e 45 dias (art. 392).

O procedimento para a ação privada, iniciado por *querella*, também segue o rito simplificado anteriormente referido (art. 400).

Como em todos esses procedimentos simplificados anteriormente enumerados há renúncia por parte do imputado ao direito a um julgamento oral, cumpre ao juiz de garantias acercar-se da espontaneidade de sua decisão. Saéz Martin, juiz de garantias chileno, anota os cuidados que o juiz há de ter:

“es menester que el juez adopte las medidas para asegurarse que esa voluntad es libre, con conocimiento de las opciones y derechos que tiene, así como de las consecuencias de su decisión. En este sentido, es importante que el imputado conozca su derecho a exigir que el proceso termine en un juicio oral, en el que el juez deberá apreciar los hechos a través de la prueba que deberá ser oída y verá directamente sin mediación; debe además asegurarse que el imputado conoce la imputación y los antecedentes que la justifican; que conoce las consecuencias que se pueden derivar de la aceptación del

procedimiento especial, abreviado, simplificado o monitorio, esto es, la alta posibilidad de que el proceso termine con una sentencia condenatoria.”¹³

Quanto ao sistema recursal, esclareça-se que as possibilidades impugnativas são bem limitadas no sistema processual penal chileno. As medidas tomadas durante a instrução, porque têm caráter provisório, podendo ser alteradas no juízo oral, são, em regra, irrecorríveis, embora possam desafiar o recurso de apelação (art. 364 a 371) quando afetarem irreparavelmente os direitos dos intervenientes. O código prevê o recurso de apelação quando puserem termo ao procedimento, impedirem sua continuação ou suspendê-lo por mais de 30 dias, ou nos casos expressos na lei. As decisões do juízo oral coletivo também são irrecorríveis por apelação (art. 364). Contudo, contra estas últimas cabe recurso de cassação para a corte suprema em hipóteses previstas em lei. Quando se defere ao juiz de garantias a decisão de mérito, o recurso de cassação é para a corte de apelações. O recurso de cassação pressupõe violação de disposições legais e constitucionais. Além desses recursos, prevê-se, ainda, o recurso de nulidade contra o julgamento oral e a respectiva sentença definitiva (arts. 372 a 382).

A Constituição chilena também prevê o amparo (equivalente ao *habeas corpus*) que é julgado pelo juiz de garantias quando não for ele a autoridade causadora de ilegalidade ou pela corte de apelações quando a ilegalidade provenha dele. Trata-se de uma ação impugnativa extremamente rápida: há notícia¹⁴ de que o juiz de garantias o decida em questão de poucas horas, enquanto a corte costuma levar 48 horas para julgá-lo, bem como do reduzidíssimo número de amparos requeridos, possivelmente diante da agilidade do sistema e do filtro de legalidade que o juiz de garantias possa exercer.

No que tange à execução penal, o sistema chileno carece de maior regramento. Em que pese o art. 14, f, do Código *Orgánico de Tribunales* determinar que a execução compete ao juiz de garantias, há pouquíssimas normas a respeito. Muitas vezes recorre-se à *Ley Orgánica de Gendarmeria*. No mais dos casos, o juiz de garantias age de ofício na fase de execução, determinando e regulando o seu cumprimento. Não há um órgão judicial especializado de execução de pena, como no Brasil, o que tem desafiado alguma crítica dos doutrinadores.

Agora podemos adentrar no tema central deste trabalho e examinar o instituto do *juiz de garantias*, previsto genericamente na parte principiológica do código chileno (art. 9º). Essa posição topográfica não é irrelevante. Com ela, o código assume que o instituto não é somente uma nova etapa do procedimento, mas, antes, um novo modelo de justiça, no qual os direitos do acusado importam, cabendo ao juiz de garantias zelar por eles.

Depois de tratá-lo na parte principiológica, o código volta a se referir ao juiz de garantias inúmeras vezes, como na regra do art. 70, em que deixa clara a função do juiz de garantias:

13. MARTIN, J. E. S. El juez..., cit., p. 236.

14. MARTIN, J. E. S. El juez..., cit., p. 233.

“El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitar el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.”

O Código Orgánico de Tribunales também assinala a mesma função, na regra do art. 14: “Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

Nitidamente, a sua função é de garantidor, como o nome insinua. Garantidor do imputado, mas também garantidor dos demais intervenientes, sobretudo dos direitos da vítima, como se verá.

Com essa marca de garantidor de direitos, cumpre-lhe comprovar a legalidade da prisão e especialmente verificar se os direitos do preso foram enunciados no ato de constrição. Quem efetuar a prisão está obrigado a esclarecer ao preso os seus direitos, especialmente sobre o motivo da constrição, sobre os direitos constitucionais, de ser defendido por advogado, direito ao silêncio, de prestar declaração à polícia ou ao MP sem fazer juramento de verdade, sabendo que tudo que disser poderá ser usado contra ele, de entrevistar-se com seu advogado e ter, a sua expensas, as comodidades e a ocupação compatíveis com a segurança do estabelecimento onde estiver preso (art. 135). Para tanto, logo no início da audiência de controle de detenção, o juiz de garantias deve se certificar que a obrigação de informar foi cumprida, sob pena de se oficiar a autoridade superior do funcionário que a tenha descumprido (art. 136).

Quanto à competência, o código estabelece que, quando o ato ou diligência dever ser praticado em outra jurisdição, como, por exemplo, uma busca e apreensão em comarca que não seja a originariamente competente, o MP pode requerê-lo naquela, ou seja, onde deve ser executado (art. 70), comunicando-se ao juiz de garantias originariamente competente. Em caso de conflito de competência entre dois juízes de garantias, o código estabelece que qualquer deles pode atuar no procedimento (art. 72), não gerando, assim, causa de nulidade.

Quando se formular a acusação, o juiz de garantias se limita a controlar a correção de vícios formais (art. 270), podendo determinar o arquivamento definitivo nos casos previstos em lei: exceção de incompetência, litispendência, falta de autorização para proceder, coisa julgada e extinção da responsabilidade penal (art. 271). Se o juiz de garantias não encontrar fundamento para tais exceções, pode deixar a questão a cargo do julgamento oral. O juiz não pode rejeitar a acusação por insuficiência de provas ou motivos similares, cuidando, o código, para que não haja intromissão judicial na função acusatória. Se a acusação estiver de acordo com a legalidade, o juiz de garantias designa audiência de preparação do julgamento oral.

Pode acontecer que alguma das partes requeira a produção antecipada de alguma prova, cabendo ao juiz de garantias determinar a sua produção em audiência (art. 191). O juiz de garantias também é chamado a decidir sobre as diligências de coleta de elementos

de prova, como as perícias biológicas, a grafotécnica, a interceptação de correspondência, busca domiciliar e a captação de sinais eletromagnéticos, sempre que houver recusa do investigado. Quanto à primeira, se houver recusa, o juiz de garantias a determinará, desde que não haja risco à saúde e à dignidade do investigado (arts. 197, 203, 205, 206, 218, 219, 222 e 226). Quanto à busca, não há necessidade de ordem judicial se estiver sendo praticada uma infração penal.

As medidas cautelares pessoais e reais também dependem de prévia autorização judicial, com exceção da prisão em flagrante, que requer imediatez, definida pelo código como aquele prazo que transcorrer entre a prática do ato e sua captura, e que não supere 12 horas (art. 130). Neste ponto – prisão em flagrante – o código vai além de um modelo adversarial e incumbe ao juiz de garantias examinar a legalidade do ato, mesmo que não haja impugnação da defesa (art. 95).

A propósito, Saéz Martin explica que “el legislador ha preferido la función cautelar, entregando al juez facultades oficiosas, por sobre el modelo adversarial”¹⁵. Com relação a medidas cautelares constritivas, o juiz de garantias não pode deferi-las de ofício, nem agravar a requerida pelo MP (art. 140). A exumação só pode ser realizada com autorização do juiz de garantias (art. 202).

Não há necessidade de autorização judicial para a oitiva do investigado, preso ou solto, pelo promotor. No primeiro caso, impõe-se apenas a comunicação ao defensor e ao juiz de garantias (art. 193).

Convém remarcar as hipóteses em que o juiz de garantias pode decretar o arquivamento provisório: existência de questão prejudicial cível, rebeldia do investigado e alienação mental depois do delito (arts. 99 e 252). E o arquivamento definitivo pode ser decretado: quando o fato investigado não for típico, quando o imputado for claramente inocente, quando houver causa de isenção de responsabilidade penal, quando estiver extinta a punibilidade e na presença de coisa julgada material (arts. 150 e 251), além de outras referidas pelo código. A decisão de arquivamento é apelável (art. 253).

Quando o promotor requerer o arquivamento, o código confere algumas faculdades ao juiz de garantias: acolhimento, substituição de uma modalidade de arquivamento por outra, rejeição do arquivamento fixando prazo para prosseguimento das diligências requeridas ao promotor pelo investigado ou pela vítima e não efetuadas por este (art. 256). Realizadas tais diligências, o promotor pode reiterar o requerimento de arquivamento ou oferecer acusação (arts. 238, *b* e 257). Se reiterar o arquivamento, a vítima pode oferecer a acusação por meio de *querella* (art. 258). Além do disposto no Código, há jurisprudência sobre essa possibilidade de a vítima oferecer a acusação quando o MP não o faça ou requeira o arquivamento, o que bem demonstra a atenção que o sistema e o juiz de garantias conferem à vítima¹⁶.

15. MARTIN, J. E. S. El juez..., cit. p. 229.

16. Corte Suprema, 25/06/2012: “(...) no cabe sino concluir que el derecho del querellante, de sostener la acusación, regulado en el artículo 258 citado, se mantiene incólume sea ante una petición

É obrigação do promotor comunicar aos interessados o encerramento de uma investigação (art. 248, c), e não do juiz de garantias.

Feitas essas considerações, é possível tecer algumas considerações para depois enumerar algumas tantas conclusões. A reforma chilena buscou promover um sistema processual em que o juiz que vai julgar a causa possa ser verdadeiramente imparcial, como um árbitro de uma disputa na qual não tenha interesse algum. Para fazê-lo foi preciso não lhe cometer nenhuma tarefa que possa desvirtuá-lo da função de árbitro desinteressado na contenda¹⁷.

Não há dúvida que o sistema acusatório adversarial foi adotado no Chile. Ele é mais acentuado na fase de julgamento oral, devendo o tribunal decidir com base nas provas apresentadas pelas partes e na contradição de seus argumentos. No entanto, nas fases de investigação e na preparação do julgamento, o juiz de garantias deixa relativamente de lado a passividade. Como explica Sáez Martin:

“(...) en la etapa previa, la función del juez en el modelo chileno de proceso penal está condicionada por la tarea de resguardar las garantías de los intervinientes en el proceso, con especial énfasis en los derechos del imputado, lo que le obliga a dejar la pasividad y a ejercer un rol más proactivo para el cumplimiento de dicha función.

(...) La idea fundamental es que la lógica negociadora de algunas instituciones procesales no pase a llevar los derechos del imputado (...).

Pero esta tarea de resguardar las garantías no se opone necesariamente a la lógica del proceso adversarial. Analizado en la perspectiva del proceso, la protección de quien parece como el más débil en la relación procesal no es más que un esfuerzo por actualizar la contradicción, permitiendo que este interviniente se encuentre siempre en condiciones de ejercer suyos derechos en el curso del proceso.”¹⁸

Passa-se, agora, a enumerar algumas conclusões parciais atinentes ao modelo processual penal chileno do juiz de garantias, a partir das hipóteses previamente definidas na introdução: (a) a figura do juiz de garantias chileno é representativa de uma tendência democrática, que caminhará para um modelo acusatório adversarial, em que o conflito primário deve ser disposto e conduzido pelas partes; (b) o juiz de garantias chileno não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal, mas pode deferir o prosseguimento das investigações quando a vítima o requerer e sendo tal requerimento fundado; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, sob o controle da vítima, que pode oferecer querela quando esta instituição optar por não acusar; (d) o juiz de garantias chileno fica, em princípio, impedido de

expresa de sobreseimiento por parte del Ministerio Publico, sea cuando ello opera a título de sanción en contra de dicho órgano (...).”

17. MARTIN, J. E. S. El juez..., cit., p. 245.

18. Idem.

atuar na fase de conhecimento em nome da imparcialidade, mas pode fazê-lo nos procedimentos abreviado, simplificado e monitorio.

III. O JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL

1. *Breve retrospecto legislativo: avanços – e críticas – ao juiz das garantias no PLS 156/09*

No Brasil, diferentemente dos demais países da América Latina, ainda não se realizou uma reforma global na legislação processual penal, no caminho de um modelo verdadeiramente acusatório e democrático¹⁹. Segue-se adotando uma política de *reformas parciais* – remendando-se o CPP/41, gestado no regime ditatorial varguista e que teve por modelo o *Codice Rocco* italiano de 1930 –, de todo insuficientes para alterar o sistema²⁰.

Em que pese a ausência de uma reforma global do CPP no Brasil, a figura do juiz das garantias surge em nossa experiência legislativa como obra de uma comissão de juristas criada com a finalidade de desenhar um Anteprojeto de Reforma (Global) do CPP²¹, o qual, após elaborado, foi protocolado no Senado Federal em 22.04.2009, pelo Senador José Sarney, tendo recebido o n. PLS 156/09.

Na forma da regra do art. 15, *caput*, do PLS 156/09, o juiz das garantias teria competência jurisdicional na fase pré-processual da persecução penal, sendo o “responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal”.

No rol de suas funções legais, o juiz das garantias seria responsável por “receber a comunicação imediata da prisão” (inc. I), “receber o auto de prisão em flagrante”, para fins de relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão cautelar, fixar cautelar diversas da prisão ou conceder liberdade provisória (inc. II), “zelar pela observância dos direitos do preso” (inc. III), “ser informado da abertura de qualquer inquérito policial” (inc. IV), “decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra

19. Sobre as distintas etapas das reformas processuais penais nos países latino-americanos, cf.: POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição*: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 15 e ss.

20. Críticas às reformas parciais do processo penal em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: seque o princípio inquisitivo. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.v. 1. p. 261-270; CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Estudos do processo penal*: o mundo à revelia. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 101-115.

21. Comissão composta por Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

medida cautelar” (inc. V), “prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las” (inc. VI), “decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e ampla defesa”, (inc. VII), “prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial” (inc. VIII), “determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento” (inc. IX), “requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação” (inc. X), decidir sobre pedidos de interceptação telefônica e telemática, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, busca e apreensão e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado (inc. XII), “julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia”.

Em consonância com a lógica acusatória, descabe qualquer iniciativa *ex officio* do juiz de garantias – ou seja, não se vedou apenas a iniciativa probatória, mas toda a forma de iniciativa, como a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais – a teor da regra do art. 4º do PLS 156/09, segundo a qual “o processo penal terá estrutura acusatória (...) vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação (...)”.

Segundo a regra do art. 16, *caput*, do PLS 156/09, a competência do juiz das garantias cessaria “com a propositura da ação penal”, redistribuindo-se o caso penal a outro órgão jurisdicional para atuar como *juiz do processo de conhecimento*, com competência para realizar o juízo de admissibilidade da acusação e, em caso de recebimento da denúncia ou queixa, prosseguir na presidência do processo em primeira instância.

Com a repartição de competências entre um juiz das garantias (*fase investigativa*) e um juiz do processo de conhecimento (*fase processual*), criou-se no *Anteprojeto* uma nova causa de impedimento: “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.”

Ante a impossibilidade de um regramento definitivo e integral a respeito da efetivação dos juízes de garantias em cada comarca e subseção judiciária, o PLS 156/09, na regra do art. 18, determinou que “o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal”, o que poderia suscitar debates a respeito da violação ao princípio do juiz natural²².

Análise da exposição de motivos do *Anteprojeto* evidencia dois grandes objetivos pretendidos com a figura do juiz das garantias, quais sejam: (a) a especialização das funções jurisdicionais na fase investigativa e; (b) a radical separação entre o magistrado que exerceria

22. PRADO, Geraldo. Sobre o Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009. p. 100: “[Segundo o art. 18, do PLS 156/09] ‘o juiz das garantias’ deverá ser ‘designado’ conforme normas de organização e divisão judiciárias. A designação poderá ser interpretada como método de provimento transitório ou temporário, mas à discricção do Chefe do Poder Judiciário local. A solução contraria o princípio do juiz natural, compreendido como juiz previamente definido em lei.”

o controle de legalidade da investigação e o magistrado que atuaria no processo de conhecimento, de modo a se maximizar a eficácia do princípio da imparcialidade da jurisdição:

“Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um *juiz das garantias*, era de rigor. (...) O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. *O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação.*” grifos nossos

É inequívoco que a repartição de competências e a consequente separação das funções jurisdicionais entre o juiz da fase investigativa e aquele da fase processual representa um enorme avanço em termos de democracia processual penal, mormente a se considerar o conteúdo da regra do art. 83 do CPP/41²³, que contempla a prevenção, como critério de fixação de competência, do juiz que exerceu funções no curso da investigação preliminar, para atuar no processo de conhecimento.

Ainda assim, o texto não passou imune a críticas. Com efeito, se uma das principais funções da instituição do *juiz das garantias* consiste em maximizar a imparcialidade do juiz do processo, preservando-se a sua originalidade cognitiva em face do menor contato com os atos de investigação, é certo que, no PLS 156/09, esse objetivo restou bastante mitigado.

Com efeito, segundo a estrutura do PLS 156/09, o juízo de admissibilidade da acusação – momento em que são analisadas as condições da ação (*tipicidade aparente, punibilidade concreta, legitimidade e justa causa*²⁴) e o pressuposto processual de regularidade

23. Art. 83, CPP/41 – “Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º e 78, II, c)”. No Brasil, defendendo que a prevenção deveria ser uma *causa de exclusão da competência*, cf.: LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261-266.

24. A respeito das condições de ação no processo penal, em abandono à teoria geral (ou unitária) do processo, cf.: COUTINHO, J. N. M. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 142-148; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 194 e ss.; SILVEIRA, M. A. N. *Por uma teoria da ação processual penal*: aspectos teóricos atuais e considerações

forma da denúncia ou queixa – não cabe ao juiz das garantias, mas sim ao juiz do processo, que inexoravelmente teria contato com todos os atos investigativos realizados²⁵, sendo inevitável a sua contaminação cognitiva por outros elementos de convicção que não as provas produzidas no âmbito público e oral do processo de conhecimento²⁶. Na crítica de Marco Aurélio Nunes da Silveira:

“(...) surge inexorável a importância da rígida separação entre as fases da investigação preliminar e do processo. O acesso ao conteúdo da fase investigativa, pelo juiz do processo, frustra o objetivo de se conferir às partes a gestão da prova, eis que o julgador poderá ter a sua convicção formada por elementos de cognição extraprocessuais – as provas produzidas durante a investigação preliminar –, alheios ao contraditório e à possibilidade de participação da defesa em sua constituição.

Em outras palavras, um sistema processual que dá ao juiz acesso aos autos da investigação preliminar termina por inviabilizar um juízo imparcial e fundado exclusivamente nos elementos probatórios apresentados pelas partes (sistema acusatório) em juízo.

A instrução processual está seriamente ameaçada de se tornar um simulacro quando o juiz aprende sobre o caso, não a partir do diálogo entre as partes, mas a partir da visão fisiologicamente parcial presente no inquérito policial.”²⁷

Ademais, não se apresentou, na exposição de motivos do PLS 156/09, qualquer razão para se excluir a figura do juiz das garantias nos casos de infrações de menor potencial ofensivo (art. 16, *caput*), nem mesmo para que, nos casos de competência originária dos Tribunais, o magistrado que atuasse como juiz das garantias pudesse compor o *quórum* de julgamento, desde que não sendo o relator (art. 302, I).

É possível intuir algumas explicações para essa posição. No caso dos juizados especiais criminais, os critérios de “simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” (art. 62 da Lei 9.099/95), podem ter servido de pano de fundo para afastar a necessidade do juiz de garantias para as infrações de menor potencial ofensivo. E nos casos de competência originária dos Tribunais, a regra da colegialidade dos julgamentos

sobre a necessária reforma acusatória no processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 305 e ss.

25. O contato do juiz do processo com os atos investigativos seria ainda reforçado pela regra do art. 16, § 3º, do PLS 156/09, segundo o qual “os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.”

26. No sentido da crítica: MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática no sistema de justiça criminal. In: BALLESTEROS, P. R. (Coord.). *Desafiando...*, cit., p. 289-281.

27. SILVEIRA, M. A. N. O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. In: BALLESTEROS, P. R. (Coord.). *Desafiando...*, cit., p. 304.

serviria como reforço da imparcialidade da jurisdição²⁸, de modo a tornar menos necessária a figura do juiz de garantias nesses casos.

Ainda assim, essas possíveis explicações não justificam a posição adotada no PLS 156/09. Afinal, se o objetivo do juiz das garantias é maximizar a imparcialidade, deveria a previsão legal valer para todas as infrações penais e em todas as instâncias judiciais, em atendimento ao princípio da isonomia, não servindo a colegialidade ou mesmo a simplicidade, a informalidade, a celeridade e a economia processual como fatores legítimos de *discrímen* para elidir o juiz das garantias.

Em que pesem as imperfeições do PLS 156/09 – que, por evidente, não desnaturam a qualidade geral do *anteprojeto* e seu inequívoco caráter acusatório e democrático –, o texto foi aprovado no Senado Federal e recebido para análise da Câmara dos Deputados em 22.12.2010, porém nunca foi aprovado²⁹.

2. *Breve retrospecto empírico: separação, em um sistema inquisitório, do juiz da fase de investigação e do juiz do processo*

Em que pese não se ter no Brasil, até o advento da Lei 13.964/19, a figura do juiz de garantias, é possível referir algumas experiências pontuais – *mas sempre dentro da estrutura inquisitorial orientada pelo CPP/41* – nas quais se buscou separar o juiz da fase de investigação do juiz da fase processual.

Assim, por exemplo, criou-se na Comarca de São Paulo, através do Provimento 167, de 27 de janeiro de 1984, o Serviço de Inquéritos Policiais.

Na forma do art. 2º do Provimento 167/84,

“todos os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus, serão processados perante o Juiz Corregedor e Juízes Auxiliares designados para o serviço ora criado. Aqueles incidentes compreendem, inclusive autos de prisão em flagrante, pedidos de restituição de coisas apreendidas e pedidos de prisão preventiva.”

28. Sobre a colegialidade como reforço da imparcialidade e independência da jurisdição, cf.: STF, ADI 4.414, rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.06.2013.

29. Mais recentemente, o Senador Cid Gomes destacou *ipsis litteris* a parte do PLS 156/09, que trata da figura do juiz das garantias, tendo apresentado esse recorte, em 11.09.2019, no PLS 4.981/2019, buscando-se inserir o juiz de garantias no CPP/41. Na exposição de motivos do PLS 4.981/2019, afirma-se que “a atuação escoreita dos magistrados pode ser contaminada por sua atuação prévia na fase de investigação. Nessa fase, drásticas medidas são tomadas em desfavor dos investigados, tais como prisões cautelares, buscas e apreensões e interceptações telefônicas. É até natural que o juiz que acabou por deferir essas medidas, tomadas sem contraditório algum, se veja, em alguma medida, comprometido com a hipótese em investigação (...).”

A competência dos juízes do Serviço de Inquéritos Policiais, na forma da regra do art. 6º do Provimento 167/84, cessa “com a manifestação final do Ministério Público” nos inquéritos policiais, quando os autos “retornarão aos Distribuidores Criminais, para distribuição às Varas”.

Em interpretação ao dispositivo, verifica-se que, após o exercício do direito de ação, cessa a competência dos juízes da fase de investigação, cabendo ao juiz do processo realizar o juízo de admissibilidade (positivo ou negativo) da acusação.

Posteriormente, criou-se o Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO), através do Provimento 233/1985, do Conselho Superior da Magistratura do TJSP³⁰, tendo-se repetido, na parte das funções jurisdicionais, o quanto disposto na regra do art. 2º do Provimento 167/84.

Em 2013, o DIPO é formalmente incorporado à organização judiciária de São Paulo, através da Lei Complementar Estadual 1.208/2013 (posteriormente alterada pela Lei Complementar Estadual 1.214/2013), que na regra do art. 1º, *caput*, instituiu o Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, mantendo-se a separação –*ainda que não necessariamente obrigatória*– do juiz com atuação na fase de investigação preliminar em relação ao juiz da fase processual³¹.

Em sentido análogo, criou-se através do Decreto Judiciário 543, de 26 de novembro de 1993, a Central de Inquéritos Policiais na Comarca de Curitiba, “para controle de inquéritos policiais, demais peças informativas e outros feitos de natureza criminal ainda não distribuídos, de competência das Varas Criminais não especializadas e do Tribunal do Júri.”

Segundo a regra do art. 6º do DJ 543/1993, competia ao juiz da Central de Inquéritos, entre outras funções, “decidir sobre matéria afeta ao plantão judiciário” (inc. II), “decidir a respeito de outras medidas judiciais em inquéritos policiais” (inc. III) e “determinar o arquivamento do inquérito, peça informativa ou outro feito de natureza criminal, na forma da lei, ou tomar as providências previstas no art. 28, do CPP” (inc. IV).

A competência do juiz da Central de Inquéritos cessava com o oferecimento da denúncia ou queixa, na forma da regra do art. 4º do DJ 543/1993³², quando os autos do processo eram distribuídos a outro juiz de primeiro grau com competência criminal, para

30. Ver, também, Resolução 11/1985 do TJSP.

31. As Leis Complementares 1.208/2013 e 1.214/2013 são objeto da ADI 5.070/STF, ainda não julgada no mérito. Na inicial, subscrita pelo Subprocurador-Geral da República Odemir Brandão Ferreira, com a anuência do então PGJ Rodrigo Janot Monteiro de Barros, sustenta-se a inconstitucionalidade da criação do DIPO, essencialmente em argumentos de ordem pragmática, como a extrema concentração de funções de controle investigativo em poucos órgãos jurisdicionais, a maior dificuldade de contato e acesso das partes e procuradores aos juízes da investigação, a dificuldade de contato entre autoridade policial e órgão do MP com os juízes, reduzindo a eficácia das investigações etc.

32. Art. 4º, do DJ 543/1993 – “Os feitos somente serão distribuídos às Varas Criminais após o oferecimento da denúncia ou queixa.”

realizar o juízo de admissibilidade da acusação e, em caso de recebimento da inicial acusatória, prosseguir na presidência do processo de conhecimento.

Posteriormente, com a Resolução 70/2012, a Central de Inquéritos é renomeada para Vara de Inquéritos Policiais, com competência para “exercer o controle jurisdicional” dos inquéritos policiais “bem como peças informativas e outros feitos de natureza criminal prévios à ação penal” (art. 8º, § 7º, I). No âmbito legislativo formal, as Varas de Inquéritos Policiais são inseridas na organização e divisão judiciárias do Estado do Paraná com a regra do art. 254, *d e k*, da Lei Estadual 14.277/2013³³.

Ainda que tais experiências evidenciem, em comarcas específicas, a separação entre o juiz da fase de investigação e o juiz da fase processual, servem elas para demonstrar que a simples repartição de competências jurisdicionais, inseridas no âmbito de um modelo inquisitorial, quase nada contribui para a democratização processual penal. Mais do que isso, a simples separação não equivale à figura do juiz de garantias, que deve ser pensado não apenas a partir de um critério topográfico, mas em um critério sistêmico, vale dizer, dentro da lógica maior que rege o sistema acusatório e seus consectários de publicidade, oralidade e vedação da iniciativa de ofício do juiz³⁴.

33. Inicialmente, havia apenas uma Vara de Inquéritos Policiais em Curitiba/PR. Com o art. 254, *k*, da Lei Estadual 14.277/2013, determinou-se a criação da 2ª Vara de Inquéritos Policiais, a qual foi instalada no mês de março de 2013, nos termos da Portaria 1.279/2012. Contudo, com a Resolução 82/2013, alterou-se a Resolução 70/2012 e a competências da 1ª e 2ª Varas de Inquéritos Policiais, que passou a abranger não apenas o controle dos inquéritos policiais e peças informativas (art. 8º, § 1º, II), mas também o processo e julgamento de ações penais e seus incidentes (art. 8º, § 1º, I, *a*). Em termos práticos, o ato normativo extinguiu a separação entre o juiz da fase de investigação e o juiz do processo. A repartição de competências é retomada, no plano formal, com a Resolução 197/2018, que inseriu a regra do art. 139-A, na Resolução 93/2012, novamente contemplando a competência da 1ª e 2ª Varas de Inquéritos Policiais exclusivamente para exercer o controle jurisdicional sobre inquéritos policiais e demais peças informativas (*caput*), prevendo-se ainda que, “oferecida a denúncia, os inquéritos policiais serão remetidos à Vara Criminal para a qual constou a prévia distribuição” (§ 2º). Em termos práticos, porém, ainda não se retomou a repartição de competências, dado que a regra do art. 9º, da Resolução 197/2018, prevê a suspensão da eficácia do art. 139-A “enquanto não instaladas as 1ª e 2ª Varas de Inquéritos Policiais”.

34. Em sentido diverso, entendendo que o juiz do DIPO se assemelha em muito ao juiz de garantias, a decisão cautelar do Min. Dias Toffoli, na ADI 6.298-MC: “Ressalte-se, inclusive, que a figura do juiz de garantias não é nova no sistema jurídico pátrio. Na capital paulista, funciona, há décadas, o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), o qual, nos termos do Provimento nº 167/1984, concentra ‘[t]odos os atos relativos aos inquéritos policiais e seu incidentes, bem como os pedidos de *habeas corpus*’ (art. 2º). Portanto, em São Paulo já ocorre a cisão de competência determinada pela lei questionada, ficando a atividade de supervisão dos atos de investigação a cargo dos juízes especialmente designados para tanto, atuantes no Departamento de Inquéritos Policiais. O fato de os juízes do DIPO não serem competentes para o recebimento da denúncia não desnatura sua função, na essência, de juiz de garantias.” (STF, ADI 6.298-MC, rel. Min. Luiz Fux, trecho da decisão cautelar do Min. Dias Toffoli, no exercício da presidência).

A experiência da repartição de competências entre o juiz da investigação e o juiz do processo, havida em casos pontuais no Brasil, não se equipara à figura do juiz de garantias por inúmeros fundamentos.

Em primeiro lugar, pois o modelo de investigação preliminar segue baseado no inquérito policial ou nos procedimentos administrativos conduzidos pelo órgão do Ministério Público, sendo os atos investigativos realizados de forma eminentemente sigilosa (art. 20 do CPP) e escrita (art. 9º do CPP), sem qualquer intervenção da defesa ou participação do investigado, que segue sendo pensado como mero *objeto da investigação*.

Nunca houve, na sistemática do CPP/1941, a possibilidade de participação dialética e contraditória do investigado na formação dos atos investigativos, limitando-se a sua atuação, no mais das vezes, ao conhecimento dos atos investigativos, após formalizados nos autos escriturados do inquérito, e à possibilidade de ser interrogado (ou permanecer em silêncio) no interrogatório extrajudicial.

Mais do que isso, a referida repartição de competências nunca veio acompanhada de regra específica a vedar a iniciativa probatória de ofício do juiz da fase investigativa. Ao revés, a regra do art. 156, I, do CPP – fruto da reforma parcial promovida pela Lei 11.690/2008 – faculta ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

Assim, o juiz da fase de investigação, ao ter a prerrogativa de ordenar diligências investigativas de ofício, atua como verdadeiro auxiliar – ou mesmo protagonista – dos órgãos de investigação, colaborando ativamente com a produção de elementos de conhecimento que, posteriormente, podem ser utilizados na formação da *opinio delicti* do órgão de acusação, bem como em eventual juízo positivo de admissibilidade da acusação. Tem-se aqui um verdadeiro *juiz investigador* e não um *juiz de garantias*.

Mais do que isso, a deturpação das funções do juiz da fase investigativa e a demasiada aproximação e auxílio aos órgãos de investigação contribuem para que a função de garantidor dos direitos do cidadão investigado, em sistemas inquisitoriais, possa se converter em mera chancela de requerimentos dos órgãos de investigação ou até mesmo em instância jurisdicional de ratificação de diligências de constitucionalidade e legalidade duvidosas.

Isso sem descurar para o fato de que a almejada maximização da imparcialidade do juiz da fase processual, que em modelos acusatórios não tem contato direto com os elementos informativos produzidos na fase investigativa, é fortemente reduzida – senão anulada – com a previsão do art. 12 do CPP, de acordo com a qual “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

A *originalidade cognitiva* do juiz do processo, havida em modelos acusatórios, é impossível no sistema inquisitório, mesmo quando promovida a repartição de competências, dado que absolutamente todos os elementos produzidos na fase

investigativa, perante o juiz do inquérito, são amplamente cognoscíveis pelo juiz da fase processual, ante a inexistência de regra que preveja a exclusão física dos autos do inquérito policial, após o juízo positivo de admissibilidade da acusação pelo juiz de garantias.

Em outras palavras, mesmo que o juízo de admissibilidade da acusação seja realizado pelo juiz da fase investigativa, haverá contaminação do juiz do processo pelos atos investigativos se estes seguirem encartados nos autos do processo.

3. A figura do Juiz de Garantias instituída pela Lei 13.964/19

Com a Lei 13.964/19 – o denominado *pacote anticrime* – diversas modificações na legislação penal, processual penal e executacional foram promovidas. A figura do juiz de garantias é inserida nos arts. 3º-B a 3º-F, do CPP. Oportuno dizer que os dispositivos não apareciam na proposta legislativa original apresentada na Câmara dos Deputados (seja no PL 10.372/2018 ou no PL 882/2019), tendo sido inseridos apenas no âmbito do Senado Federal (PLS 6.341/2019).

Segundo a regra do art. 3º-B, do CPP, o juiz de garantias “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais” do cidadão investigado.

No âmbito de suas competências jurisdicionais, deve o juiz de garantias, entre outras atividades, “receber a comunicação imediata da prisão” (inc. I), “receber o auto de prisão em flagrante para o controle de legalidade da prisão” (inc. II), “zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo” (inc. III), “ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal” (inc. IV), “decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar” (inc. V), “prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las” (inc. VI), “decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas” (inc. VII), “prorrogar o prazo de duração do inquérito” (VIII), “determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento” (IX), “requerir documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação” (inc. X), decidir questões afetas a interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado (inc. XI, *a ae*), “julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia” (inc. XII), “determinar a instauração do incidente de insanidade mental” (inc. XIII), “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código” (inc. XIV), “assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os

elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento” (inc. XV), “deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia” (inc. XVI), “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação” (inc. XVII) e “assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão” (art. 3º-F).

A figura do juiz de garantias não se aplica, por expressa previsão legal, às infrações de menor potencial ofensivo (art. 3º-C, *caput*, do CPP), nem mesmo às varas criminais colegiadas para os crimes de pertinência a organização criminosa armada e constituição de milícia privada (art. 1º-A, § 1º, da Lei 12.694/12). Além das vedações legais expressas, não se previu o juiz de garantias nos casos de competência originária dos Tribunais³⁵.

Seguindo-se a lógica acusatória, a regra do art. 3º-A, do CPP³⁶, veda a iniciativa de ofício do juiz de garantias, que exercerá sua função de forma equidistante e *reativa* (após requerimentos da autoridade policial, do órgão do MP, da vítima, do investigado etc.) e não de maneira *proativa* (v.g. deferindo cautelares reais ou probatórias e determinando a produção de atos investigativos de maneira oficiosa). Nesse ponto, restou revogado, tacitamente, o art. 156, I, do CPP³⁷.

A competência do juiz de garantias, para exercer o controle de legalidade da investigação, cessa com o juízo positivo de admissibilidade da acusação – oportuno dizer que,

35. Na decisão cautelar na ADI 6.298, o Min. Dias Toffoli, em ampliação das hipóteses de afastamento do juiz de garantias, também entendeu que o instituto não deve ser aplicado aos casos de competência do Tribunal do Júri, de violência doméstica e familiar e na justiça eleitoral. No primeiro caso, porque “o veredicto fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença” e “o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade”. No segundo caso, porque “a violência doméstica é um fenômeno dinâmico” e “a cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão”. E no terceiro caso, pois a Justiça Eleitoral “não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias.”

36. “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, *vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação* e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” (g.n.).

37. “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.”

na nova sistemática legal, o arquivamento do inquérito não mais depende de decisão judicial³⁸–, na forma da regra do art. 3º-C, do CPP³⁹.

Assim, após o recebimento da denúncia ou da queixa, quando ausentes as hipóteses de rejeição liminar (art. 395 do CPP), o acusado é citado para apresentar resposta à acusação (art. 396 e 396-A do CPP). Apresentada a resposta, se mantida a decisão de recebimento da denúncia e não se evidenciarem hipóteses de absolvição sumária (art. 397 do CPP), “o juiz designará dia e hora para a audiência [de instrução e julgamento, na forma do art. 400 e ss. do CPP], ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente” (art. 399 do CPP).

Após a realização, pelo juiz de garantias, do juízo positivo de admissibilidade da acusação e o afastamento das hipóteses de absolvição sumária, cessa a sua competência e os autos são distribuídos ao juiz do processo, órgão necessariamente diverso do juiz que atuou na investigação preliminar (art. 3º-C, § 1º, do CPP⁴⁰). Em reforço à ideia de que existem dois juízes distintos – um na fase investigativa, outro na fase processual –, a regra do art. 3º-D, *caput*, do CPP⁴¹, prevê expressamente o impedimento do juiz de garantias para atuar no processo de conhecimento.

38. Antes da reforma produzida pela Lei 13.964/19, o arquivamento do inquérito policial ou de outras peças informativas dependia de *controle judicial*, sendo vedado o arquivamento direto do inquérito pela autoridade policial (art. 17 do CPP) ou mesmo pelo órgão do MP. Assim, após requerimento de arquivamento pelo órgão do MP, o juiz, concordando com as razões invocadas, determinava o arquivamento, mediante decisão fundamentada, somente cabendo o desarquivamento das investigações com base em provas novas (art. 18 do CPP e Súmula 524 do STF). Por outro lado, discordando das razões invocadas pelo órgão do MP, o juiz deveria proceder na forma da regra do art. 28 do CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Na nova sistemática legal, o regime de arquivamento não é mais orientado pela lógica do controle jurisdicional, mas sim pelo controle administrativo interna *corporis*, exercido pela instância de revisão ministerial, na forma do art. 28, *caput*, § 1º e § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei 13.694/19. Sobre o novo regime de arquivamento, cf.: LOPES JÚNIOR, A.; ROSA, Alexandre Moraes da. *Como se procede o arquivamento no novo modelo do CPP*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo]. Acesso em: 15.01.2020; ARAS, Vladimir. *O novo modelo de arquivamento do inquéritos e o princípio da oportunidade da ação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos]. Acesso em: 15.01.2020.

39. “Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.”

40. “Art. 3º-C. (...) § 1º. Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.”

41. “Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.”

No ponto, não mais subsiste a regra do art. 83 do CPP, na parte em que trata de prevenção como critério de atração de determinação da competência do juiz que atuou na fase da investigação para exercer jurisdição no curso do processo.

Sabendo-se que a repartição de competências é insuficiente para preservar a imparcialidade e a originalidade cognitiva, previu-se um mecanismo explícito para evitar que o juiz do processo tenha contato direto com os atos investigativos:

“Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.” (art. 3º-C, § 3º)

A partir dessa breve descrição, é possível extrair as seguintes impressões iniciais, a partir das hipóteses estabelecidas no início do presente texto: (a) a figura do juiz de garantias brasileiro é representativa de uma tendência democrática; (b) o juiz de garantias brasileiro não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, exclusivamente, podendo, a vítima, recorrer à chefia da instituição; (d) o juiz de garantias brasileiro fica impedido de atuar na fase de conhecimento do mesmo caso penal, em prestígio ao princípio da imparcialidade.

IV. CONCLUSÃO: LINHAS DE COMPARAÇÃO ENTRE JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL E NO CHILE

A partir dos panoramas gerais explicitados, é possível identificar similitudes e distinções entre as figuras do juiz de garantias no Brasil e no Chile.

Há diversos pontos de contato entre os institutos.

Em primeiro lugar, ambos atuam na fase investigativa, realizando o controle de legalidade das investigações.

No Brasil, após a investigação e o eventual juízo positivo de admissibilidade da acusação, os autos são distribuídos ao juiz da fase processual. No Chile, após a formalização e encerramento da *indagatoria preliminar*, a admissibilidade da acusação é realizada na *etapa intermedia*. Se o caso não for resolvido através de soluções alternativas, passa-se à etapa do *juicio oral*, realizada por um órgão jurisdicional colegiado de primeiro grau.

Em segundo lugar, a iniciativa *ex officio* é absolutamente vedada ao juiz de garantias.

No Brasil, a presidência do Inquérito Policial é atribuição de autoridade policial⁴², sendo que o órgão do MP possui poderes investigativos próprios⁴³, estando ainda, no ple-xo de suas funções institucionais, o poder de “requisitar diligências investigatórias” no âmbito dos inquéritos policiais (art. 129, VIII, da CR/88). No Chile, a atribuição da condução das investigações está afeta à *fiscalía* (Ministério Público), com o auxílio da Polícia. No entanto, no Brasil há obrigação legal da polícia de comunicar ao juiz de garantias a instauração de qualquer investigação criminal.

Em quaisquer dos casos, porém, no Chile e no Brasil, todos os atos investigativos são produzidos sem qualquer iniciativa de ofício do juiz de garantias, que atua exclusivamente a partir de requerimentos dos órgãos de investigação, da vítima ou do investigado. No mesmo sentido, a decretação de medidas cautelares depende de provocação.

Em terceiro lugar, a repartição de competências entre juiz do processo e o órgão jurisdicional competente para o processo e julgamento do caso penal contribui para a preservação da imparcialidade e originalidade cognitiva deste último.

No Brasil, a se prever que os atos investigativos – salvo as diligências irrepetíveis – não acompanharão os autos do processo após a admissibilidade da acusação pelo juiz de garantias (art. 3º-C, § 3º), garante-se a não contaminação do juiz da fase processual pelos elementos produzidos à revelia do debate oral, público e contraditório⁴⁴.

No Chile, a lógica é similar. Após a admissibilidade da acusação (depuração de questões formais da acusação e ausência de arquivamento definitivo) realizada na *etapa intermedia*, o caso é remetido para a *fase do juicio oral*, na qual o julgamento de mérito ocorre com base nas provas produzidas no ambiente oral, contraditório e publicístico do processo.

Em quarto lugar, outro importante aspecto de aproximação se refere às competências desempenhadas na fase investigativa, seja no controle de legalidade de atos investigativos que limitem direitos fundamentais ou no controle de legalidade da prisão. Tanto no Brasil como no Chile o juiz de garantias é responsável pela análise dos pedidos de quebra de sigilo (bancário, fiscal, telefônico, telemático etc.), autorização de buscas e apreensões, bem como a imposição de cautelares reais ou pessoais.

No Brasil, a denominada *audiência de custódia* (Res. 213 do CNJ), que antes da Lei 13.964/19, poderia ser realizada pelo juiz da fase processual, agora é, via de regra, realizada pelo *juiz de garantias*, salvo nos casos em que a prisão cautelar for determinada no

42. Art. 144, § 1º, I e II e § 4º, da CR/88, c.c. art. 4º, do CPP e art. 2º, *caput* e § § 1º e 2º, da Lei 12.830/13.

43. O STF possui jurisprudência amplamente dominante admitindo os poderes investigatórios do Ministério Público. Nesse sentido, cf., entre outros, STF, REExt 535.478, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 21.11.2008.

44. Registre-se, por oportuno, que os atos investigativos sempre serão acessíveis às partes, na forma da regra do art. 3-C, § 4º: “Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.”

curso do processo. Lógica análoga se aplica ao sistema chileno, em que o *controlé de detención* é de competência do *juez de garantía*.

Por outro lado, não se pode deixar de notar a existência de algumas distinções entre o instituto do juiz de garantias no Brasil e no Chile.

A primeira delas se refere ao regime de arquivamento das investigações.

No Brasil, a Lei 13.964/19 substituiu um regime judicial de controle do arquivamento⁴⁵ por um regime *hierárquico administrativo* (art. 28 do CPP). Com efeito, se no regime anterior o arquivamento das investigações dependia de decisão judicial devidamente fundamentada, agora o arquivamento é ato administrativo cuja eficácia depende de duas manifestações de vontade, vale dizer, a *promoção* de arquivamento pelo promotor ou procurador do caso e a *homologação* pela instância de revisão. Ou seja, no Brasil, o juiz de garantia não possui qualquer ingerência na decisão de arquivamento das investigações, embora possa determinar o trancamento do processo.

No Chile, por seu turno, a regra do art. 250 do CPP determina, em várias hipóteses (v.g. em casos de atipicidade manifesta da conduta ou quando existirem provas cabais de inocência do imputado), que o *juez de garantía* decreta o arquivamento (*sobreseimiento*) definitivo do caso, em decisão que “tiene la autoridad de cosa juzgada” (art. 251).

Outro ponto de afastamento se refere ao julgamento do mérito do caso penal.

No Brasil, o juiz de garantias está impedido de atuar na instrução e julgamento de processos nos quais tenha exercido o controle de legalidade da acusação. Logo, o âmbito de cognição do mérito do caso penal, pelo juiz de garantias brasileiro, é bastante restrito, limitando-se à admissibilidade da acusação (art. 395 do CPP), quando analisará as condições da ação, bem como às hipóteses de absolvição sumária (art. 397 do CPP).

No Chile, o âmbito de cognição do mérito do caso penal pelo *juez de garantía* é um pouco maior, seja porque detém competências de arquivamento das investigações (*quando pode valorar provas para averiguar a inocência do imputado*— art. 250, b, do CPP), ou mesmo nas situações excepcionais em que tem competência não apenas para o controle de legalidade das investigações, mas também para presidir a instrução e julgamento do caso penal, como no procedimento abreviado, simplificado e monitório (art. 406 e ss. do CPP).

45. No regimento anterior, o órgão do MP deveria requerer fundamentadamente o arquivamento das investigações ao juiz, que poderia concordar ou discordar dos fundamentos invocados. Em hipótese de concordância, decidia-se fundamentadamente pelo arquivamento. Se a decisão fosse fundada na inexistência de provas suficientes para o exercício da ação, admitia-se o desarquivamento com base em provas novas. Se o arquivamento tivesse por fundamento a atipicidade da conduta, a presença de causa justificante ou a existência de causa extintiva de punibilidade, a decisão operava efeitos de coisa julgada material. Por outro lado, se o juiz discordasse das razões invocadas ao arquivamento, os autos eram remetidos ao Procurador-Geral, que poderia insistir no arquivamento (quando então o juiz estaria vinculado à manifestação ministerial, devendo arquivar as investigações), oferecer denúncia ou designar outro membro do Ministério Público para denunciar em seu lugar.

Quanto à incompetência do órgão de atuação do juiz de garantias, no Chile previu-se que, como suas decisões são provisórias, qualquer deles pode praticar os atos que lhe competirem, sem que isso cause nulidade. No Brasil, não se previu qualquer regra a respeito.

No que toca à investigação defensiva, no Chile o investigado pode requerer ao juiz de garantias que determine ao MP praticar diligências a seu favor, em razão do princípio da objetividade, o que não se previu no Brasil.

Outro ponto oportuno ao debate diz com a questão do direito intertemporal.

No Chile, com a reforma global do sistema processual penal, a regra do art. 483 do CPP previu expressamente que as disposições do novo código somente seriam aplicáveis aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigência. Estabeleceu-se, portanto, uma dualidade na forma de realizar a persecução penal, de modo que os *fatos anteriores à vigência* do novo CPP seguiram o regime legal do modelo inquisitório e os *fatos posteriores à vigência* do novo CPP seguiram o regime legal do modelo acusatório.

No Brasil, em que pese a imensa modificação promovida no sistema processual penal Lei 13.964/19, o legislador não inseriu qualquer regra de transição, limitando-se a contemplar um prazo de *vacatio legis* de 30 (trinta) dias para a adaptação dos operadores do direito, quanto às reformas produzidas (art. 20).

E inexistindo qualquer regra de direito intertemporal quanto ao assunto, dever-se-ia aplicar a regra geral da *immediatidade* das leis processuais penais, na forma do art. 2º do CPP, que contempla o critério da imediatidade (*tempus regit actum*), nos seguintes termos: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos praticados sob a vigência da lei anterior.”

Segundo essa lógica, haveria duas situações distintas, relativamente aos crimes anteriores à vigência da lei nova: (a) *casos com investigação criminal em curso*: nessas hipóteses, o juiz que atua na investigação estaria impedido de atuar na fase processual; (b) *casos com investigação encerrada e processo em curso*: o juiz do processo, se exerceu funções jurisdicionais na investigação, estaria impedido, devendo o caso ser redistribuído, sem prejuízo da validade dos atos processuais realizados antes da vigência da Lei 12.964/19. Para as investigações não iniciadas antes da vigência da Lei 13.964/19 (*por fatos anteriores ou posteriores a ela*), aplica-se integral e imediatamente o seu conteúdo, na parte processual penal.

A posição defendida, porém, é diversa daquela adotada pelo Min. Dias Toffoli ao decidir a medida cautelar (*ad referendum* do plenário e, portanto, não definitiva) na ADI 6.298-MC/STF, quando, em verdadeiro exercício de *criação legislativa*— e não de simples interpretação da lei —, além de dilatar o prazo de *vacatio* (apenas quanto aos dispositivos afetos ao juiz de garantias) para 180 (cento e oitenta) dias, estabeleceu as seguintes regras de transição:

- (i) no tocante às *ações penais que já tiverem sido instauradas* no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora

protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento, porque, segundo o art. 2º do CPP, a lei processual penal não pode retroagir. Ademais, tratando-se de impedimento superveniente, esse não poderia atingir o juiz já legitimamente vinculado à ação penal, relacionando-se, portanto, com a garantia do juiz natural e o corolário da *perpetuatio jurisdictionis*. Ressalte-se, inclusive, que se assim não fosse, teríamos a necessidade de redistribuição de grande parte das ações penais em curso no país.

(ii) quanto às *investigações que já estiverem em andamento* no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para oficiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.

A vingar os critérios estabelecidos na decisão, ter-se-á estabelecido, ao menos nos processos penais em curso – e à revelia do quanto disposto no art. 2º do CPP –, critério similar àquele adotado no Chile, em que os processos antigos seguiram pelas regras processuais penais antigas e os processos novos seguiram as regras processuais penais novas. O mesmo, porém, não ocorrerá com as investigações em curso, quando as regras do juiz de garantias serão aplicadas na forma do art. 2º do CPP, seja para fatos *anteriores* ou *posteriores* à vigência da nova lei⁴⁶.

Em linhas muito gerais, pode-se dizer que o juiz de garantias brasileiro preserva maior independência do MP em relação ao modelo chileno, enquanto no modelo chileno há mais atenção com a vítima do que no modelo brasileiro.

Como ponto final, convém destacar radical distinção de posições institucionais da magistratura chilena e brasileira quando às modificações no caminho da democratização do sistema processual penal.

No Chile, a reforma global do CPP contou com amplo apoio da magistratura, tendo-se investido fortemente em capacitação de magistrados e servidores para atuar da melhor forma possível dentro da lógica acusatória. O amplo consenso quanto à democratização do processo penal – verdadeira questão de política pública e não apenas de mera administração da justiça – possibilitou uma forte introjeção dos ideais acusatórios no processo penal chileno, podendo-se perceber que, além da modificação legislativa, buscou-se uma ampla modificação de práticas e de mentalidade.

46. Análise doutrinária dos critérios de transição fixados na decisão monocrática do Min. Dias Toffoli em: [www.conjur.com.br/2020-jan-17/limite-penal-juiz-garantias-direito-intertemporal-onde-stf-resvala]. Acesso em: 17.01.2020.

Para ser juiz de garantias no Chile, além de aprovação em concurso público, é necessária a aprovação em uma prova específica para o cargo.

No Brasil, por seu turno, verifica-se uma forte resistência de setores da magistratura – e também do Ministério Público – no que tange à figura do *juiz de garantias* e, de forma mais ampla, quanto a reformas que contemplem ideais acusatórios no processo penal.

Com efeito, após a sanção presidencial à Lei 13.964/19, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais (AJUFE) ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6.298), impugnando especificamente a criação do *juiz de garantias* e pretendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 3º-A a 3º-F, introduzidos pela Lei 13.964/19 no CPP⁴⁷, em posição de forte resistência quanto ao instituto.

Essa disparidade de posições institucionais entre a magistratura chilena e a brasileira serve não apenas como critério de distinção entre a forma de compreensão do instituto de juiz de garantias nos dois países, mas também é importante para recordar, sempre, que as reformas legislativas devem sempre estar atreladas a mudanças de práticas. Se a inserção do juiz de garantias no Brasil não vier acompanhada de uma verdadeira abertura das instituições para o novo, como ocorreu no Chile, corre-se o risco de que com os arts. 3º-A a 3º-F, inseridos no CPP/41 pela Lei 13.964/2019, mudem-se as coisas para que tudo fique como sempre esteve.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. *O novo modelo de arquivamento de inquéritos e o princípio da oportunidade da ação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos]. Acesso em: 15.01.2020.

-
47. Entre os diversos argumentos da inicial, afirma-se inclusive que a criação do juiz de garantias pela lei federal implica na “instituição de um novo Juízo (o das Garantias) de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária no âmbito da União e dos Estados”, cogitando-se equivocadamente que a Lei 13.964/19 teria criado novos órgãos jurisdicionais. A posição é absolutamente equivocada e foi prontamente objeto de esclarecimento pelo Conselho Federal da OAB que, ao requerer habilitação como *amicus curiae* na ADI 6.298/STF, ponderou que a institucionalização do juiz de garantias implica apenas em “uma nova divisão de competência entre os juízes criminais. Ou seja, atribuições que antes eram exercidas por um único e mesmo juiz passarão a ser exercidas por dois juízes”, ou seja, “trata-se de divisão ou repartição de funções entre o juiz que exerce atividade jurisdicional na fase de investigação e de juízo de admissibilidade da acusação, de um lado, e o juiz que exerce atividades jurisdicionais na fase instrutória e decisória do processo”. A mesma conclusão foi atingida pelo Min. Dias Toffoli, na decisão cautelar na precitada ADI: “Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente”, vale dizer “ao instituir o juiz das garantias, a Lei nº 13.964/19 criou nova regra de competência funcional, delimitando a atuação do juiz em função da fase na persecução penal (...)”.

- BINDER, Alberto Martin. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.
- BINDER, Alberto Martin. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González (Coord.) *Código de Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Estudos do processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: seque o princípio inquisitivo. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Como se procede o arquivamento no novo modelo do CPP*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo]. Acesso em: 15.01.2020.
- LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTIN, Jorge Eduardo Sáez. El juez de garantía en el sistema adversarial. In: *El modelo adversarial en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.
- MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática no sistema de justiça criminal. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.
- NICORA, Guillermo. La investigación preparatoria en el nuevo Código de Proceso Penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González (Coord.). *Código de Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018.
- POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.
- PRADO, Geraldo. Sobre o Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, p. 95-102, jul.-set. 2009.

- RÚA, Gonzalo. El Juicio oral en el Código del Proceso Penal de Uruguay, desde una mirada adversarial. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González (Coord.). *Código de Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2018, p. 207-230.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória no processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- SUÁREZ, Rafael Blanco. *Código Procesal Penal sistematizado con jurisprudência*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- WILLIAMSON, Edwin. *História da América Latina*. Lisboa: Edições 70, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RBCCrim* 166/241-271 (DTR\2020\3826);
- Estudo e crítica do "juiz das garantias", de Marcus Vinícius Pimenta Lopes – *RBCCrim* 111/227-259 (DTR\2015\244); e
- Investigação criminal: o projeto de Código de Processo Penal e investigação defensiva, de Fernanda Regina Vilares, Guilherme Augusto Campos Bedin e Pedro Machado de Almeida Castro – *RBCCrim* 107/309-336 (DTR\2014\1556).

(IN)EFETIVIDADES E DESVALORIZAÇÃO DO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

(IN)EFFECTIVENESS AND DEVALORIZATION OF ACCESS TO THE RIGHT TO HEALTH IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

BRUNO ROTTA ALMEIDA

Pós-Doutor em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona, Espanha. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS (UFPel). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da UFPel.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6715-4299>
bruno.ralm@yahoo.com.br

GUILHERME CAMARGO MASSAÚ

Pós-doutor na PUCRS. Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel. Autor dos livros: *Metodologia Jurídica*. Do início da ciência do direito ao iluminismo português, editora Atlas; *O princípio republicano do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita*, editora Unijuí; *O Estado de Direito e as dimensões da res publica*, editora Prismas; *Princípios Constitucionais e Relações Internacionais*, editora Livraria do Advogado.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5955-4292>
uassam@gmail.com

Recebido em: 29.05.2019

Aprovado em: 11.02.2020

Última versão do (a) autor (a): 10/03/2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O texto analisa o acesso à saúde no sistema prisional brasileiro. Busca situar o grau de *efetividade* do direito social à saúde na estrutura carcerária, na qual sua manutenção é mais delicada e desvalorizada. A pesquisa exhibe dispositivos jurídicos sobre o caráter fundamental do acesso à saúde e estabelece os contornos da efetividade. Ainda, expõe informações das condições de saúde das pessoas presas. Por fim,

ABSTRACT: The text analyzes the access to health in the Brazilian prison system. It seeks to situate the level of effectiveness of the social right to health in the prison structure, where its maintenance is more delicate and devalued. The research shows legal standards about the fundamental nature of access to health and establishes the contours of its effectiveness. Also exposes information about the health of prisoners. Finally,

relaciona o direito à saúde e a situação expressa pelos dados examinados. A pesquisa utiliza a metodologia dedutivo-analítica, pois desenvolve o texto com o estabelecimento das normas jurídicas gerais e abstratas e sua relação com as informações apresentadas. O método bibliográfico posiciona as teorias e os aportes jurídicos relacionados ao objeto da pesquisa. A coleta de dados localiza de forma fática os problemas do acesso à saúde no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à saúde – Direito fundamental – Direito social – Pessoa privada de liberdade – Sistema prisional.

it relates the right to health to the situation expressed by the data information. The research uses deductive-analytic approach for developing the text with the establishment of general and abstract legal rules and its relation to the information presented. The bibliographic method relates theories and legal contributions to the research object. The data collection presents the problems of access to health in Brazil.

KEYWORDS: Access to health – Fundamental right – Social right – Person deprived of liberty – Prison system..

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à saúde e sua extensão. 2.1. O acesso ao direito à saúde em âmbito penitenciário. 2.2. A previsão do direito à saúde nos regimentos penitenciários estaduais. 3. Radiografia do acesso ao direito à saúde no sistema prisional. 3.1. Ambiente e estrutura. 3.2. Recursos humanos e serviços. 3.3. Agravos e doenças. 3.4. Mortalidade. 4. (In)efetividades do acesso à saúde no sistema prisional brasileiro. 4.1. O problema da inefetividade. 4.2. O resultado da desvalorização. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O texto tem como objetivo analisar a efetividade do acesso à saúde no sistema penitenciário brasileiro. O fato de a análise se basear em um direito fundamental social correlaciona a responsabilidade do Estado ao dever prestacional, irrenunciável, de ofertar as condições mínimas de acesso à promoção, à proteção e à recuperação da saúde (art. 196, *caput, in fine*, da Constituição Federal do Brasil – CFB) da pessoa que está sob custódia do Estado. Salienta-se que a prestação que envolve o acesso à saúde é realizada de forma solidária entre os entes federativos (União, Estados-membro e Municípios – art. 198, § 1º e § 2º, da CFB). Porém, há que se observar as competências relativas aos entes federativos que possuem a responsabilidade pela manutenção das unidades penais.

É relevante destacar que o acesso ao direito fundamental social à saúde da pessoa encarcerada possui contornos diferentes em relação ao acesso à saúde dos demais indivíduos que se encontram em liberdade. Não se trata de maior ou menor relevância ao acesso, mas diz respeito à condição de custódia em que se encontra a pessoa presa. Por isso, o primeiro tópico do texto diz respeito à extensão do direito à saúde em termos normativos. Nesse sentido, o mote do tópico está sustentado a planificação normativa e a fundamentação da essencialidade do direito à saúde.

Após situar o direito à saúde em termos de dispositivos normativos, passar-se-á aos números da situação da (não) prestação à saúde à pessoa presa. Os números constantes do texto trazem um panorama do problema que o Estado-*custodiador* possui. Os dados contribuem para que se possa estabelecer o nível, mesmo que relativo, de (in)efetividade social do que diz respeito à satisfação do acesso ao direito à saúde.

Por fim, apresentar-se-á uma análise do direito à saúde e de sua efetividade no sentido de estabelecer a extensão da responsabilidade do Estado no que se refere às condições ofertadas de acesso à saúde.

2. DIREITO À SAÚDE E SUA EXTENSÃO

O direito à saúde está interligado com o valor central constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CFB), que por sua vez é a base dos direitos fundamentais¹. Sem saúde não há o que falar em dignidade humana, já que a sanidade física e mental do ser humano (art. 2º da Lei 8.080/90) é condição para uma vida digna. Com base nisso, a CFB estabeleceu como direito fundamental o direito à saúde (art. 6º e art. 196 da CFB), ou seja, o acesso universal a serviços de saúde e a um ambiente saudável (art. 225 e art. 200, VIII, da CFB; art. 7º, I, da Lei 8.080/90) – em sentido amplo. Nesse talante, o Estado – em sua forma social – tem o dever constitucional de prestar² materialmente serviços básicos de saúde a todos os indivíduos que necessitarem (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90), além de ofertar aos *socis* o saneamento básico adequado e um meio ambiente preservado e salutar (art. 7º, II e X, da Lei 8.080/90). Destaca-se, também, o aspecto negativo do direito à saúde, que é justamente a abstenção do Estado em não prejudicar a saúde dos indivíduos³.

Tais deveres, por se originarem de direitos fundamentais sociais, constituem-se em direito subjetivo relativizados⁴ do indivíduo a prestações, caso contrário tais direitos se-

1. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58.
2. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564.
3. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 291.
4. Utiliza-se o adjetivo relativizado no sentido de que nem toda a demanda à saúde, e.g., está calcada em pretensão jurídica oriunda do direito subjetivo do indivíduo. Um exemplo disso pode ser o caso da não reconhecimento de uma prestação por parte do Estado sob o argumento da inexistência de recursos financeiros, ou seja, a utilização do argumento da *reserva do possível*. Vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos*

riam meras prescrições ao legislador que, de forma discricionária, teria a faculdade de não os regulamentar e ao administrador que, de forma discricionária, poderia os efetivar ou não. Com isso, relativizaria a efetividade dos direitos sociais, o que atingiria diretamente a dignidade humana em face da ausência de efetivação. Dessa forma, o legislador possui o dever de legislar a fim de regulamentar os direitos sociais, cabendo decidir como implementá-los⁵. No caso do direito à saúde, a CFB estabeleceu normas regulamentadoras gerais para o Estado viabilizar a efetivação desse direito (artigos 196 a 200 da CFB)⁶. É dever do Estado-administrador – em suas três dimensões federativas – agir no sentido de efetivar tanto a CFB quanto a legislação infraconstitucional (e.g., Lei 8.080/90). No caso do sistema penitenciário, os Estados-membros, nas unidades prisionais estaduais possuem a responsabilidade sobre as pessoas custodiadas, já nas penitenciárias federais, a União detém a responsabilidade.

Cabe ao Estado-administrador regular em que medida esse acesso à saúde será realizado, pois depende de inúmeras variáveis, e.g., como estabelecer a quantidade de recursos financeiros que será mobilizado para efetivação do direito à saúde. Destaca-se que no caso da saúde existe o mínimo de recursos financeiros constitucionalmente exigido⁷. Isso se torna premente em um Estado republicano em que o acesso ao direito à saúde deve ser universal e democrático⁸. Todo o ser humano situado no Estado brasileiro, sob a égide da CFB, tem direito ao acesso aos cuidados com a saúde. Nesse sentido, não pode existir desigualdades/discriminações⁹ no que se refere ao acesso à saúde, principalmente, na

fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 295, 307-308.

5. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.
6. MASSAÚ, Guilherme Camargo e BAINY, André Kabke. O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 2, 2014. p. 49-50.
7. O mínimo constitucional vem sendo relativizado ao longo do tempo por emendas constitucionais que o desvinculam os recursos orçamentários do mínimo exigido para a saúde, e.g. Nesse caso, o art. 76 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias sofreu diversas alterações, sendo que a última alteração foi realizada por força da Emenda Constitucional 93, de 2016.
8. KÖLLING, Gabrielle e MASSAÚ, Guilherme Camargo. A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 12, n. 2, 2011. p. 15-17.
9. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36 (nota 70).

sua efetividade. Argumentos como o da *reserva do possível*¹⁰ e o custo dos direitos prestacionais não devem ser impeditivos para efetivá-los. Vale destacar que o Executivo se encontra mais vinculado que o legislativo, na medida em que além de efetivar as normas jurídicas, o indivíduo possui um direito subjetivo individual (derivado) a prestações¹¹.

2.1. O acesso ao direito à saúde em âmbito penitenciário

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano. Ao ter isso como pressuposto normativo, a todos, sem qualquer tipo de exceção, cabe o acesso ao direito à saúde, independente do grau de vulnerabilidade socioeconômica. Essa vulnerabilidade se encontra entre aqueles que estão no sistema carcerário cumprindo pena de reclusão. A situação dos presos em termos de acesso de fato ao direito à saúde depende da atuação do Estado-administrador, principalmente no que diz respeito à possibilidade de buscar ou escolher os locais em que se pode efetivar tal direito. Nesse caso, por meio da condição específica da custódia da pessoa encarcerada pelo Estado – pena privativa de liberdade – cabe ao ente estatal promover, proteger e recuperar a saúde da pessoa presa, oferecendo os recursos médicos e sanitários necessários.

Compreende-se que a responsabilidade do Estado se torna peculiar e intensa, já que somente o Estado-administrador conduzirá (ou/e permitirá) o custodiado ao acesso à saúde, seja na ação profilática ou na interventiva. Isso envolve a higiene e a manutenção de recursos médicos no local do encarceramento e, quando necessário, o Estado-administrador deve promover o deslocamento especializado a um centro de atendimento, conforme o caso. A omissão do Estado-administrador para com as medidas de acesso à saúde do encarcerado causa um impacto maior se for considerado todos os limites de

-
10. No caso da reserva do possível, no sentido da dimensão fática da existência de recursos públicos para manter os serviços de saúde ao custodiado, não deve servir como argumento aceitável para se negar o acesso à saúde pelos seguintes motivos: 1) o preso está sob a custódia do Estado, logo, não tem meios físicos de buscar recursos ou alternativas ao seu problema; 2) o Estado deve ter a real noção do volume de recursos básicos que necessita disponibilizar para atender seus custodiados, já que os tem em seu *poder*; 3) a pena de prisão, pelas suas características, fragiliza o preso em sua saúde, pelas condições do ambiente; 4) a pena é de restrição de liberdade e não de supressão do direito à saúde; 5) pro ter custodiados, a responsabilidade do Estado redobra na medida em que deve garantir direitos básicos não afetados pela imposição da pena. Por esses motivos, o argumento, e.g., da *reserva do possível*, parece não ser plausível quando se referir aos indivíduos sob custódia do Estado, pois ele possui uma carga maior de responsabilidade, justamente por retirar-lhes a autodeterminação.
 11. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 311.

locomoção e contatos que são impostos ao mesmo. Ressalta-se que a pena da pessoa privada de liberdade recai apenas na suspensão, por determinado período, do direito de locomoção e outros direitos que decorram da sentença condenatória e aplicação da pena e não na suspensão do direito à saúde.

No âmbito da execução da pena no Brasil, o direito à saúde está previsto no artigo 41, VII, da Lei de Execução Penal (LEP) – Lei 7.210/84 –, e também – mesmo que na forma de “assistência” – nos artigos 11, II, e 14, da mesma lei. A LEP expõe o direito de assistência médica, odontológica e farmacêutica às pessoas presas. A Lei 11.942, de 27 de maio de 2009, acrescentou o § 3º ao art. 14 da LEP, dispondo que será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Para os direitos sociais em geral, e especialmente os assistenciais, é importante advertir que o reconhecimento formal do direito não corresponde necessariamente à concreta possibilidade de aceder a eles, porque as regras previstas para a ativação do direito são incompatíveis com a detenção e não têm sido previstos procedimentos capazes de superar obstáculos derivados da própria reclusão¹².

O problema central sobre as pessoas privadas de liberdade é aquele relacionado aos alcances do limite constituído pelas exigências de segurança, que incide ainda sobre outras expressões do direito à saúde, como o direito a tratamento sanitário de melhor nível daquele que o sistema penitenciário está em condições de oferecer em determinadas circunstâncias¹³.

O direito à saúde, além de impactar positivamente na qualidade de vida das unidades penais, em benefício das pessoas presas e do pessoal penitenciário,¹⁴ concretiza-se efetivamente em vários direitos: o da integridade psicofísica, o dos tratamentos sanitários, o da autodeterminação sanitária e, por último, o do ambiente salubre¹⁵, e, inexistindo condições do Estado de prover a devida assistência, eis que valor constitucional soberano, a pessoa presa deverá ser colocada em prisão domiciliar, até seu restabelecimento.¹⁶

12. SANTORO, Emilio. Prólogo. ¿Hombres o detenidos? El estado de derecho más allá de los muros de la cárcel. In: CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviriego (Coord.). *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires: BdeF, 2010. p. XXVIII.

13. RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 211.

14. KOLKER, Tânia (Org.). *Saúde e direitos humanos nas prisões*. Rio de Janeiro: Secretaria de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário, 2001. p. 55.

15. SANTORO, Emilio. Prólogo. ¿Hombres o detenidos? El estado de derecho más allá de los muros de la cárcel. In: CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviriego (Coord.). *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires: BdeF, 2010. p. XXXIII.

16. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 150.

2.2. *A previsão do direito à saúde nos regimentos penitenciários estaduais*

A respeito dos direitos das pessoas privadas de liberdade, a dignidade humana toma assento em lugares variados nos regimentos. O exame de algumas normas estaduais sobre dignidade humana e direito à saúde almeja possibilitar maior visibilização dos caracteres específicos das respectivas legislações, consubstanciar empiricamente o problema e, por fim, abrir espaço para novas problemáticas sobre a questão da saúde no sistema prisional.¹⁷

O estado do Amapá menciona o respeito à proteção aos direitos do homem logo no início do ato normativo (artigo 3º). Ainda assim, traz, em seus artigos 58 e 60, a proibição de confinamento ou qualquer medida que contrarie o objetivo da promoção da saúde física e mental, de ressocialização e da capacidade produtiva, ou que atente à dignidade pessoal do preso ou do internado, como, também, sanções disciplinares, castigos corporais, clausura em cela escura, sanções coletivas, toda punição cruel, desumana, degradante e qualquer forma de tortura¹⁸.

O regimento do Rio de Janeiro cita, além do respeito à dignidade humana, a necessidade da pessoa presa se isentar da aplicação de técnicas de condicionamento psicológico que visem às alterações de comportamento (artigo 55)¹⁹.

O regimento de Minas Gerais exhibe de forma explícita, além de vários postulados processuais e constitucionais, o direito à “assistência material e à saúde, em especial o tratamento clínico e a assistência psicossocial ao portador de AIDS” (artigo 195)²⁰.

A assistência médica a pessoas privadas de liberdade abrange, conforme o regimento do Amapá: fornecimento de medicamentos; atendimento médico, odontológico, farmacêutico, nutricional e dietoterápico do preso; higiene e salubridade das unidades penais; enfermarias com cama, material clínico, instrumental adequado e produtos farmacêuticos indispensáveis para internação médica e odontológica de urgência; dependência para observação psiquiátrica e cuidados a toxicômanos; unidade de isolamento para doenças infectocontagiosas (artigo 36, II)²¹.

17. Utiliza-se, a título especialmente ilustrativo, os regimentos dos seguintes entes federativos: Amapá, Distrito federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rondônia e São Paulo.

18. AMAPÁ. Lei n. 692, de 11 de junho de 2002. Disponível em: [www.al.ap.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

19. RIO DE JANEIRO. Decreto 8.897, de 31 de março de 1986. Disponível em: [www.alerj.rj.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

20. MINAS GERAIS. Lei 11.404, de 25 de janeiro de 1994. Disponível em: [www.almg.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

21. AMAPÁ. Lei 692, de 11 de junho de 2002. Disponível em: [www.al.ap.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

No Distrito Federal, “a assistência médica será ampla, abrangendo a assistência dentária e o acompanhamento psicológico e psiquiátrico” (artigo 67), tendo as seguintes atividades: manter o fichário dos presos, com todas as alterações cronologicamente registradas; velar pela inspeção sanitária da alimentação, vestuário e dependências prisionais, comunicando à Direção qualquer irregularidade encontrada; recomendar, em sendo o caso, exame de periculosidade ou de cessação desta; ajudar na manutenção da ordem interna, aliviando tensões pessoais ou coletivas; realizar, quando solicitados, laudos técnicos acerca dos presos; e realizar, periodicamente, palestras para os presos, apreciando temas de interesse, como saúde, higiene, sexo, drogas e outros julgados apropriados (artigo 73)²².

O regimento do estado de Mato Grosso dispõe sobre a participação de outros profissionais da área da saúde: é facultado aos presos contratar, por meio de familiares ou dependentes, profissionais médicos e odontológicos de confiança pessoal, ou serviço, a fim de orientar e acompanhar o tratamento, segundo seus recursos, observadas as normas institucionais vigentes (artigo 39)²³.

No Rio de Janeiro, havendo discórdia do internado no tocante ao diagnóstico dos serviços de saúde da administração prisional, “e não dispondo de recursos para contratar profissional de sua confiança, poderá requerer a assistência de servidor especializado da Secretaria de Estado de Saúde e Higiene” (artigo 27)²⁴.

Em Rondônia, quando o estabelecimento não estiver capacitado a prover assistência à saúde que se fizer necessária, transferirá o paciente para o estabelecimento do Sistema Único de Saúde (art. 47). Junto a isso, constitui direito básico do apenado “receber mensalmente, por meio da unidade prisional, preservativos, e folhetos contendo informações acerca das DST e AIDS quando houver campanhas” (artigo 109, XIX)²⁵.

A previsão de encaminhamento ao sistema público de saúde também consta no regimento de Mato Grosso (artigo 83)²⁶.

No regimento do estado de Rondônia, o psicólogo desempenha papel fundamental na execução das políticas institucionais penitenciárias: deverá questionar, refletir e propor mudanças aos organismos executores das políticas institucionais penitenciárias, intervindo no Plano-Diretor das Unidades Prisionais, na configuração da estrutura organizacional,

22. DISTRITO FEDERAL. Portaria 001, de 11 de janeiro de 1988. Disponível em: [www.ssp.df.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

23. MATO GROSSO. Decreto 5.683, de 13 de dezembro de 2002. Disponível em: [www.mt.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

24. RIO DE JANEIRO. Decreto 8.897, de 31 de março de 1986. Disponível em: [www.alerj.rj.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

25. RONDÔNIA. Decreto 18.329, de 29 de outubro de 2013. Disponível em: [http://cotel.casacivil.ro.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

26. MATO GROSSO. Decreto 5.683, de 13 de dezembro de 2002. Disponível em: [www.mt.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

sendo consultado no planejamento dos métodos e procedimentos e na concepção de programas e projetos a serem desenvolvidos e no planejamento plurianual (artigo 84)²⁷.

No que diz respeito à assistência material a mulheres privadas de liberdade, os regimentos apresentam discrepâncias bem pontuais.

No Espírito Santo, nas unidades prisionais destinadas ao sexo feminino, em quaisquer dos regimes de execução administrativa da pena, aplica-se o disposto no regimento acrescentando-se as seguintes condições: local interno e externo para os cuidados pré-natais e maternidade; local interno e externo para guarda de nascituro e lactente (artigo 9º, I e II)²⁸.

Em Mato Grosso do Sul, a assistência material, em caso de gravidez, envolve: assistência pré-natal parto em hospitais da rede de saúde pública guarda do recém-nascido, durante o período de seis meses, em local adequado, mesmo quando houver restrições de amamentação (artigo 80, XXVIII)²⁹.

Em São Paulo, são assegurados, além dos direitos constantes no regimento, outros que se aplicam à gravidez, ao parto, ao cuidado com os filhos e à atenção básica às necessidades da mulher presa, entre os quais: assistência pré-natal; parto em unidades hospitalares da rede da Secretaria da Administração Penitenciária ou do serviço de saúde pública (artigo 23)³⁰.

No estado de Rondônia, constituem direitos básicos comuns da mulher privada de liberdade, em caso de gravidez: assistência pré-natal; parto em hospitais do serviço de saúde pública; e guarda do recém-nascido, no mínimo por 6 (seis) meses, em local adequado, mesmo quando houver restrições de amamentação (artigo 109)³¹.

O regimento de Minas Gerais apresenta disposições mais dignificantes da mulher em situação de gravidez. Nesse estado, como também no Amapá (artigo 36, § 2º)³², “o estabelecimento penitenciário destinado às mulheres disporá de dependência dotada de material de obstetrícia, para atender à mulher grávida ou à parturiente cuja urgência do estado não permita a transferência para hospital civil” (artigo 128)³³. Além disso, a assistência também abarca

27. RONDÔNIA. Decreto 18.329, de 29 de outubro de 2013. Disponível em: [<http://cotel.casacivil.ro.gov.br>]. Acesso em: 15.04.2018.

28. ESPÍRITO SANTO. Portaria 332-S, de 02 de julho de 2003. Disponível em: [www.sejus.es.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

29. MATO GROSSO DO SUL. Decreto 12.140, de 17 de agosto de 2006. Disponível em: [www.ms.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

30. SÃO PAULO. Resolução Secretaria de Administração Penitenciária 144, de 29 de junho de 2010. Disponível em: [www.sap.sp.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

31. RONDÔNIA. Decreto 18.329, de 29 de outubro de 2013. Disponível em: [<http://cotel.casacivil.ro.gov.br>]. Acesso em: 15.04.2018.

32. AMAPÁ. Lei 692, de 11 de junho de 2002. Disponível em: [www.al.ap.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

33. MINAS GERAIS. Lei 11.404, de 25 de janeiro de 1994. Disponível em: [www.almg.gov.br]. Acesso em: 15.04.2018.

o seguinte: tratamento preventivo, curativo e de acompanhamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis e outras; ações para detecção e controle de doenças predominantes no grupo feminino, principalmente o câncer do colo do útero e da mama; ações de planejamento familiar e acesso aos métodos anticoncepcionais existentes; atenção psicológica e social especializadas, destinadas ao atendimento das necessidades da mulher presa. Às gestantes, puérperas e aos recém-nascidos são assegurados, também: atendimento pré-natal e pós-parto especializados para os casos de transmissão verticalizada de doenças, principalmente HIV, tétano neonatal e sífilis congênita; alimentação e dieta nutricional específica, visando ao desenvolvimento saudável da gravidez, das condições do parto, da lactação, do puerpério e do recém-nascido; realização de testes preventivos (para identificar a eventual existência de fenilcetonúria e hipotireoidismo); acesso à imunização. A atenção básica especializada, destinada ao atendimento das necessidades da mulher privada de liberdade, consiste, junto a isso, na assistência material, social, educacional, laboral e os cuidados com sua saúde física e mental e na preservação moral, intelectual e social, durante o cumprimento da pena.

Em geral, os regimentos estaduais citados transmitem uma normativa de cuidado à saúde da pessoa presa. Em certo modo, o cenário legislativo da saúde nas prisões é similar. Contudo, as carências sanitárias das populações prisionais são soberanas perto das previsões legais. A soma da perda da liberdade ao isolamento das penitenciárias e ao alto grau de insalubridade da prisão provoca a eliminação da identidade da pessoa presa³⁴ e atinge o acesso ao direito à saúde.

3. RADIOGRAFIA DO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL

Conforme estabelecido pela Lei de Execução Penal, as pessoas privadas de liberdade devem ter acesso à saúde integral garantido pelo Estado, na forma de atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Analisando as recentes publicações do Infopen, verificam-se déficits assistenciais que ofendem o direito à saúde e números preocupantes sobre doenças e mortes naturais.

O ambiente prisional carrega a carga do sistema penal e se constitui em um local de vitimizações sistemáticas e cotidianas³⁵. Ademais, não é difícil observar o nível de seletividade penal nas prisões, onde a população se enquadra numa massa com notórios marcadores: pobreza, etnia, cor da pele, formas de exteriorização, situação familiar, gênero, delitos cometidos etc.³⁶.

34. NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 176.

35. NEUMAN, Elías. *Victimología y control social: las víctimas del sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 16.

36. NEUMAN, Elías. *Victimología y control social: las víctimas del sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 249 ss.

3.1. Ambiente e estrutura

O ambiente e a estrutura das prisões no país escancaram a incompatibilidade do acesso ao direito à saúde com a detenção³⁷. No primeiro semestre de 2016, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos 700 mil, mais de 8 vezes maior do que em 1990. Em junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil³⁸. Desse total, 689.510 pessoas estavam detidas em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça (sistemas penitenciários estaduais); 36.765 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 pessoas que se encontravam nas unidades do Sistema Penitenciário Federal. A distribuição da população carcerária em distintos locais expõe uma estrutura sanitária desarmônica e deficitária, e, às vezes, inexistente, como no caso das carceragens de delegacias³⁹.

Em relação ao número de vagas, observa-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país⁴⁰. As altas taxas de superlotação das unidades prisionais do país se resumem em um destacado agravante na insalubridade do ambiente carcerário⁴¹.

A maior parte dos estabelecimentos foi projetada para o público masculino (74% das unidades prisionais destinam-se aos homens e outros 17% são caracterizados como

37. RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 221.

38. O último informe publicado, referente a junho de 2019, registrou um total de 773.151 pessoas presas, sendo 758.676 em estabelecimentos estaduais, 14.475 em outras carceragens, e 616 no sistema penitenciário federal. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2019*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen]. Acesso em: 09.03.2020.

39. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

40. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

41. O último informe publicado, referente a junho de 2019, registrou um déficit total de 312.125 vagas, e uma taxa de ocupação de 167,7%. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2019*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen]. Acesso em: 09.03.2020.

mistos)⁴², o que significa que as mulheres são encarceradas em estabelecimentos com arquitetura prisional e serviços penais formulados para o público masculino e, algumas vezes, adaptados para custódia de mulheres. Essas unidades penais não são capazes de observar o acesso ao direito à saúde das mulheres presas.

As vulnerabilizações prisionais também são verificadas na disponibilidade de espaço adequado para os demais grupos vulneráveis, conforme se verifica na tabela a seguir:

Tabela 1. Espaço adequado para grupos vulneráveis

Grupo social	Estabelecimentos com ala específica	Estabelecimentos com cela específica	Sem informação	Não há
LGBT	10	73	120	1.217
Idosos	22	70	120	1.208
Estrangeiros	1	11	119	1.289
Indígenas	1	7	119	1.293

Fonte: Infopen – junho de 2014.

Sobre a destinação de lugar adequado para pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT): 10 (1%) unidades informaram possuir ala específica; 73 (5%) unidades registraram ter cela específica; 1.217 (86%) informaram não possuir ala nem cela específicas; e 120 (8%) unidades não apresentaram informação. Relativamente à destinação a pessoas idosas: 22 (2%) estabelecimentos afirmaram possuir ala específica; 70 (5%) informaram ter cela específica; em 1.208 (85%) unidades, não há ala nem cela específicas; e 120 (8%) unidades não prestaram informação. Sobre os estrangeiros, observou-se o seguinte: 1 (0%) unidade informou possuir ala específica; 11 (1%) unidades registraram ter cela específica; 1.289 (91%) informaram não possuir ala nem cela específicas; e 119 (8%) não apresentaram informação. Acerca da destinação de espaço para indígenas, encontramos o que segue: 1 (0%) estabelecimento afirmou possuir ala específica; 7 (1%) informaram ter cela específica; em 1.293 (91%) unidades, não há ala nem cela específicas; e 119 (9%) unidades não prestaram informação.

42. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

Por outro lado, a respeito dos estabelecimentos penais adaptados para a acessibilidade de pessoas com deficiência, em apenas 87 (6%) unidades verificou-se a existência de módulos, alas ou celas acessíveis e adaptados para pessoas com deficiência, em conformidade com a legislação em vigor. Em 49 (4%) estabelecimentos há módulos, alas ou celas adaptados, porém em desrespeito às normas técnicas e legais. Para mais de 82% (1.164) das unidades prisionais não há qualquer adaptação e acessibilidade para pessoas em situação de deficiência. Ainda, 120 (8%) unidades não forneceram dados ao censo⁴³.

A estrutura do ambiente prisional não é capaz de fornecer atendimento à saúde das pessoas presas. O constante e exasperado aumento da população prisional é um elemento amplificador das violações ocorridas dentro das prisões e danifica a distribuição dos recursos humanos e dos serviços penais.

3.2. Recursos humanos e serviços

Conforme o levantamento do Infopen de junho de 2016, 85% (587.493) da população privada de liberdade estava detida em unidades que contam com módulo de saúde⁴⁴. Observa-se que mais de 100 mil pessoas cumpriam pena em unidades sem módulo de saúde. Alguns entes federativos informaram custodiar todos os presos em unidades com módulo de saúde, como Bahia, Distrito Federal e São Paulo. Já os estados do Amapá, Paraná e Rio de Janeiro apresentaram baixos percentuais nesse sentido: 20%, 49% e 34%, respectivamente⁴⁵.

No que diz respeito ao encarceramento feminino, 84% (34.701) das mulheres privadas de liberdade encontrava-se em unidades penais com módulo de saúde, com destaque para Acre, Paraná, Rio de Janeiro e Tocantins, com menos da metade das mulheres em unidades com estrutura de saúde: 22%, 43%, 1% e 46%, respectivamente⁴⁶.

43. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

44. No último relatório a apresentar tal informação, referente a junho de 2017, o percentual de pessoas presas em unidades com módulo de saúde diminuiu para 66,7%. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2017*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen]. Acesso em: 09.03.2020.

45. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

46. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. 2018. Disponível em:

A respeito dos profissionais em atividade no sistema prisional de todo o país, todas as categorias ligadas à saúde⁴⁷ representam, juntas, apenas 6% dos servidores do sistema prisional. Foi informada a existência de 6.349 profissionais de saúde, sendo 52,66% composta por enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, 19,92% por psicólogos, 14,39% por dentistas e técnicos e auxiliares odontológicos, e 13% por médicos⁴⁸.

Tabela 2. Profissionais da saúde em atividade no sistema prisional

Profissional	Número de profissionais	Número de pessoas privadas de liberdade para cada profissional
Enfermeiros	1.098	661,85
Técnicos e auxiliares de enfermagem	2.246	323,55
Psicólogos	1.265	574,47
Dentistas	626	1.160,88
Técnicos e auxiliares odontológicos	288	2.523,30
Médicos	826	879,79

Fonte: Infopen – junho de 2016.

Os estados do Acre (8), Amapá (8), Rio Grande do Norte (9), Roraima (4), Sergipe (6) e Tocantins (8) apresentaram situações alarmantes, com menos de dez médicos em seus

[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_ar-te_07-03-18.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

47. As categorias ligadas à saúde são: enfermeiros, auxiliar e técnico de enfermagem, psicólogos, dentistas, auxiliar e técnico odontológico, e médicos (várias especialidades).
48. No último relatório a apresentar tal informação, referente a junho de 2017, o percentual de todas as categorias ligadas à saúde manteve-se praticamente o mesmo: 6,4%. Verificou-se um total de 7.033 profissionais da saúde, sendo mais de 53% composta por enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, 17,58% por psicólogos, 14,6% por dentistas e técnicos e auxiliares odontológicos, e 14,43% por médicos. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2017*. Disponível em: [<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>]. Acesso em: 09.03.2020.

quadros. Já Rio de Janeiro informou não possuir médico em atividade entre os profissionais de saúde nas unidades prisionais⁴⁹.

O número de profissionais ligados às atividades de saúde alocados em unidades femininas e mistas do sistema prisional brasileiro soma 7,6% do quadro total. Havia, em junho de 2016, 1.834 profissionais de saúde nas unidades prisionais femininas e mistas em todo o país, sendo mais de 54,85% composta por enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, 18,59% composta por psicólogos, 14,44% por médicos, e 12,10% por dentistas e técnicos e auxiliares odontológicos⁵⁰.

Tabela 3. Profissionais da saúde em atividade no sistema prisional feminino e misto

Profissional	Número de profissionais	Número de mulheres privadas de liberdade para cada profissional
Enfermeiros	280	151,26
Técnicos e auxiliares de enfermagem	726	58,34
Psicólogos	341	124,20
Dentistas	147	288,12
Técnicos e auxiliares odontológicos	75	564,73
Médicos	265	159,83

Fonte: Infopen Mulheres – junho de 2016.

49. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2015*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

50. No último relatório a apresentar tal informação, referente a junho de 2017, o percentual de todas as categorias ligadas à saúde chegou a 8,8% do total de profissionais. Eram 1.963 profissionais da saúde, sendo 57,56% composta por enfermeiros, técnicos e auxiliares de enfermagem, 15,89% por psicólogos, 14,72% por médicos, e 11,81% por dentistas e técnicos e auxiliares odontológicos. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres – junho de 2017*. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres]. Acesso em: 09.03.2020.

Os seguintes entes federativos informaram possuir menos de cinco médicos nas respectivas unidades prisionais femininas e mistas: Acre (3), Amapá (3), Ceará (4), Distrito Federal (3), Maranhão (1), Paraíba (4), Piauí (4), Sergipe (3) e Tocantins (1). Já Rio de Janeiro e Roraima informou não ter médico em atividade entre os profissionais de saúde⁵¹.

Ao todo, foram realizadas 572.385 consultas médicas (78% delas dentro dos estabelecimentos prisionais). Verificou-se uma média nacional de 1,1 consultas médicas para cada pessoa privada de liberdade naquele período. Apenas Ceará (2,3), Espírito Santo (2,2) e Mato Grosso (2,1) alcançaram mais de duas consultas médicas por pessoa privada de liberdade. Alguns entes, como Amazonas (0,8), Distrito Federal (0,5), Pará (0,8), Pernambuco (0,9), Piauí (0,8), Rio Grande do Norte (0,5), Roraima (0,4), Sergipe (0,4) e São Paulo (0,8), não chegaram nem a uma consulta médica por pessoa presa⁵².

No âmbito das unidades prisionais femininas e mistas, foram realizadas 80.349 consultas médicas com mulheres, sendo que em apenas 26% os procedimentos foram externos às unidades penais. Verificou-se uma média de 2,3 consultas médicas para cada mulher privada de liberdade. Destacam-se os estados da Bahia e do Mato Grosso, com elevada média de consultas médicas para cada mulher privada de liberdade: 6,8 e 11,7, respectivamente. Por outro lado, Amazonas (0,7), Rio Grande do Norte (0,8) e Roraima (0,4) não alcançaram sequer uma consulta médica por mulher presa⁵³.

As informações exibem um quadro deficitário de recursos humanos que bastante prejudica a realização dos serviços pelos profissionais de saúde das unidades prisionais. O artigo 2º da Resolução 9, de 13 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, estabelece a proporção de 500 (quinhentas) pessoas presas por equipe técnica de profissionais que contenha 1 (um) médico clínico⁵⁴. Em dezembro 2015, a média nacional era de 1.225,64 pessoas presas para cada médico clínico

51. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_ar-te_07-03-18.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

52. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_ju-nho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

53. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_ar-te_07-03-18.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

54. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. *Resolução 9, de 13 de novembro de 2009*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1]. Acesso em: 25.05.2018.

geral. Mesmo somando todas as especialidades médicas, a proporção (837,67) permanece significativamente superior ao indicado pela resolução do CNPCP.

Acerca dos atendimentos, a média de consultas por pessoa presa no sistema prisional é inferior à média de consultas médicas por habitante no país. Em 2012, por exemplo, foram realizadas 2,77 consultas por pessoa no sistema público de saúde⁵⁵. A média de consultas realizadas pelos planos de saúde de assistência médico-hospitalar e odontológica no país é maior: 5,7 consultas por beneficiário, em 2016⁵⁶. Isso demonstra que as pessoas privadas de liberdade, quando custodiadas, possuem uma acentuada diminuição na média de consultas médicas por ano.

3.3. Agravos e doenças

Uma das grandes brechas que separa a situação da pessoa presa da pessoa em liberdade se verifica, de modo absoluto, quando aquele contrai enfermidades na prisão. São enfermidades que podem ser objeto de tratamento médico e cura no extramuros, mas que, na prisão, de forma comum, levam ao óbito. Os exemplos se multiplicam, porém os mais notórios são: tuberculose, certos tipos de câncer, enfermidades venéreas, hepatite, drogas e cardiopatias. Como visto, nas prisões não há meios, medicamentos e nem serviços adequados. As pessoas que contraem enfermidades desse porte estão, muitas vezes, condenadas à morte⁵⁷.

Conforme o Infopen de dezembro de 2015, pouco mais da metade (52%) das unidades penais enviaram informações sobre agravos e doenças da população prisional. Entre a população que dispunha de informação, nota-se uma taxa global de 65,2 pessoas com algum tipo de agravo para cada grupo de mil pessoas privadas de liberdade, sendo 34% portadoras do vírus HIV, 31% de tuberculose, 9,5% de sífilis, 6,4% de hepatite. O estado do Rio Grande do Sul apresentou o pior contexto, com uma taxa global de 344,5 pessoas portadoras de algum tipo de agravo para cada mil pessoas presas: 165,4 de HIV; 38,7 de sífilis; 37,1 de hepatite; e 94,4 de tuberculose. Já Bahia demonstrou uma elevada taxa de portadores de sífilis: 50,1⁵⁸.

55. BRASIL. Ministério da Saúde. *Indicadores de cobertura*. Disponível em: [http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/f01.def]. Acesso em: 25.05.2018.

56. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Mapa assistencial*. Disponível em: [www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3956-mapa-assistencial-ans-disponibiliza-numero-de-procedimentos-realizados-pelos-planos]. Acesso em: 25.05.2018.

57. NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, p. 169 ss.

58. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2015*. Disponível em:

Verifica-se uma taxa global de 74,2 mulheres portadoras de algum tipo de agravo para cada grupo de mil mulheres privadas de liberdade, sendo 42% portadoras do vírus HIV, 37% de sífilis, 11% de hepatite, e 4% de tuberculose. O estado do Rio Grande do Sul apresentou mais uma vez o pior contexto, com uma taxa global de 247,0 mulheres portadoras de algum tipo de agravo para cada mil mulheres presas: 162,9 de HIV; 47,2 de sífilis; 21,3 de hepatite; e 10,9 de tuberculose. Os estados da Bahia (108,5), Mato Grosso (131,8) e Paraná (114,5) registraram altos índices de portadoras de sífilis. Por sua vez, Acre apontou alta taxa de hepatite: 95,2⁵⁹.

Tabela 4. Comparativo de agravos e doenças

Agravo/doença	Sistema prisional	Sistema prisional feminino e misto (mulheres)
Taxa global com algum tipo de agravo/doença	65,2 para cada mil pessoas privadas de liberdade	74,2 para cada mil mulheres privadas de liberdade
HIV	34%	42%
Sífilis	9,5%	37%
Hepatite	6,4%	11%
Tuberculose	31%	4%

Fonte: Infopen – dezembro de 2015 e Infopen Mulheres – junho de 2016.

As altas taxas de incidência de agravos transmissíveis no sistema prisional representa o impacto do encarceramento sobre as condições de vida da população. Cotejando os dados do Ministério da Saúde⁶⁰ e da Organização Mundial da Saúde⁶¹ com o do sistema prisional, verifica-se que, em 2015, houve 138 vezes mais incidências de HIV no sistema prisional. A tuberculose registrou uma taxa de incidência 49 vezes maior no sistema prisional se comparada à população em geral.

[www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

59. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arquivo_07-03-18.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

60. Disponível em: [www.aids.gov.br]. Acesso em: 02.06.2018.

61. Disponível em: [www.who.int]. Acesso em: 02.06.2018.

No sistema prisional, as pessoas estão expostas ao risco de infecção, que pode compreender também seus familiares e demais visitantes e os servidores do sistema prisional, além da própria população encarcerada. A dita incompatibilidade se ressalta diante da relação de perigo concreto que pode constituir a enfermidade com respeito às outras pessoas detidas ou ao pessoal penitenciário⁶².

3.4. Mortalidade

Os últimos meses de 2016 e os primeiros meses de 2017 registraram mortes e massacres dentro de unidades prisionais em distintos estados brasileiros. Em 2014, a taxa de óbitos por homicídio nas unidades prisionais do Brasil era de 9,52 para cada 10 mil pessoas privadas de liberdade, quase seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2014⁶³. A taxa de suicídio era de 3,24 para cada 10 mil pessoas presas⁶⁴.

De 2014 a 2016, verifica-se uma diminuição no quantitativo de mortes sob custódia no país, porém, as taxas permanecem altas (13,6 mortes para cada 10 mil pessoas presas)⁶⁵. Algumas notícias demonstram que em 2016 houve 379 mortes (homicídio e suicídio) registradas dentro dos presídios, equivalente a uma média de mais de uma pessoa morta por dia⁶⁶. Naquele mesmo período, a taxa de óbitos naturais também diminuiu (de 17,4, em 2014, para 7,7, em 2016).

Em 2014, os estados de Piauí (34,57), Paraná (29,78) e Rio Grande do Sul (32,00) registraram as maiores taxas de óbitos naturais no país⁶⁷. Em 2015, Mato Grosso e Santa

62. RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 222.

63. BRASIL. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br]. Acesso em: 25.05.2018.

64. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

65. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

66. VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. *Brasil teve mais de 370 mortes violentas nos presídios em 2016*. Disponível em: [[http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml]. Acesso em: 25.05.2018.

67. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2014*. Disponível em:

Catarina tiveram expressivo destaque, com 41,4 e 43,3, respectivamente, de óbitos naturais para cada 10 mil pessoas presas⁶⁸. No primeiro semestre de 2016, os índices mais elevados estavam relacionados com os estados de Maranhão (16,9) e Piauí (17,4), novamente⁶⁹.

O total de óbitos nas prisões entre a população feminina alcança a taxa de 25,8 mulheres, sendo 76% das mortes por causas naturais. Os estados do Espírito Santo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina apresentaram altas taxas de mortes por causas naturais. Espírito Santo (43,9) e Rio Grande do Sul (43,2) registraram um índice levemente superior a 40 óbitos naturais para cada 10 mil mulheres presas. Em Santa Catarina, entretanto, todos os óbitos ocorridos em 2015 decorreram de causas naturais e expressaram um elevado índice de 128,2 mortes para cada 10 mil mulheres privadas de liberdade⁷⁰.

Nota-se um contexto de violação ao direito à vida das pessoas privadas de liberdade. Junto a isso, alguns presídios têm registrado ocorrências de tortura e violação à integridade física e corporal das pessoas presas. O Presídio Urso Branco, em Rondônia, é supervisionado pela Organização dos Estados Americanos – OEA desde 2002, quando foi palco de um massacre de presos. O Complexo de Curado foi objeto de notificação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA devido a diversos abusos. No Presídio Central de Porto Alegre há registro de tortura, deficiências sanitárias e outras situações degradantes, sendo objeto de resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. O Complexo de Pedrinhas tem sido testemunha de assassinatos, decapitações, torturas e abusos sexuais, e também foi objeto de notificação pela OEA.

Pode-se afirmar que as mortes sob custódia prisional, no contexto brasileiro, estão bastante relacionadas a um padrão de gestão estatal e de modos de segregação e estigmatização penal, onde quem morre, e também a quantidade, pouco importa e tampouco

[www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

68. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2015*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

69. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

70. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_ar-te_07-03-18.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.

mobiliza o país do ponto de vista social e político, isto é: no Brasil “as prisões matam; e estas mortes pouco importam”.⁷¹

4. (IN)EFETIVIDADES DO ACESSO À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

As normas, no plano constitucional e legislativo em geral, tanto nacional como estadual, apresentam modelos de respeito aos direitos humanos e fundamentais, abarcando o direito à saúde da pessoa presa. O *cárcere legal* entra em choque com o *cárcere real*⁷². A estrutura e as práticas a execução da penal tornam-se cada vez mais violadoras de direitos humanos e fundamentais. A violência é concreta e institucional, atinge a dignidade humana e danifica a distribuição de políticas de assistência. Essas práticas, reforçadas pela omissão estatal, legitimam o sofrimento por meio da prisão; acarretam a inefetividade do acesso ao direito diante da desvalorização desse mesmo direito nas unidades prisionais do país.

4.1. O problema da inefetividade

A situação do acesso à saúde no âmbito do sistema penitenciário brasileiro remonta à problemática salientada por Norberto Bobbio sobre os direitos humanos, ou seja, parafraseando-o: o problema fundamental do direito ao acesso à saúde não é justificá-lo, mas efetivá-lo. Não se trata de um problema filosófico, mas político⁷³. Um problema político, na medida em que viola direitos, tornando-se, então, um problema jurídico. Tanto que, no caso dos direitos fundamentais, inclui-se os sociais, é previsto o instituto da intervenção nos Estados-membro, por parte da União, para assegurar a observância dos princípios constitucionais relativos aos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, *b*, da CFB). Dessa forma, na hipótese de os Estados-membro não cumprirem com sua obrigação constitucional com a *pessoa humana*, no caso a pessoa privada de liberdade, poderá sofrer intervenção da União.

O caso de intervenção da União em um Estado-membro é extremo, contudo, é preciso situar a problemática do acesso à saúde à população carcerária como responsabilidade do custodiador. Nessa situação, o Estado (em termos gerais) está no epicentro da *banalidade*

71. CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciencias Sociales*, DS-FCS, v. 32, n. 45, julio-diciembre 2019.

72. Para usar a expressão de Iñaki Rivera Beiras: RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemologia, derecho y política penitenciaria*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

73. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

do mal⁷⁴, já que se omite diante de violações de direitos fundamentais. Os segredos das prisões abrangem a perversidade dos poderes⁷⁵, pois as violações dos direitos fundamentais são constantemente iludidas pelo segredo social (omissão pela sociedade) e reforçadas pelo segredo institucional (toleradas pelo Estado).

O Estado brasileiro é regido por uma Constituição e deve estar sujeito a ela. Se os fatos da vida carcerária brasileira estão em dissonância com o texto normativo constitucional, a omissão do Estado em adequá-los aos ditames do texto constitucional, revelam rupturas de garantias, violação de direitos e situação de inconstitucionalidade.

O direito à saúde requer prestações por parte do Estado. Tais prestações requerem regulamentações infraconstitucionais que já existem (Lei 8.080/90). Por conseguinte, cabe ao Estado-administrador efetivar o acesso à saúde de forma isonômica, no sentido que o tratamento diferenciado a determinado grupo se justifica sob as bases de um motivo justo conforme os ditames do Estado social de direito⁷⁶. Ainda, é relevante advertir que a medicina em âmbito penitenciário assume conotações de especialidade, ligadas antes de tudo à condição particular do paciente em estado de detenção e custódia pelo Estado, bem como a exigência de uma preparação específica que tenha em conta os aspectos psicodinâmicos dos destinatários da assistência à saúde⁷⁷.

Qualquer diferenciação nesse caso não fere o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CFB), pelo contrário, a omissão ou a igualdade de medidas entre aqueles que estão encarcerados e aqueles que estão livres revela um tratamento desigual, pois ambos estão em situações e em ambientes diferentes⁷⁸. Nessa senda, a população carcerária não pode ser tratada

74. Observa-se um tratamento diferenciado, porém desumano, por parte do Estado aos que entram no sistema prisional do país, ficando escancarada uma seletividade de determinados grupos sociais, seguindo um perfil socioeconômico-político homogêneo. As indignidades que essas pessoas sofrem são toleradas pelo Estado e omitidas pela sociedade. A normalidade do desumano “é justamente essa tolerância do intolerável da indignidade humana que aflige determinados grupos sociais em situação de vulnerabilidade econômica, política e especialmente jurídica” (ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, n. 41, ano XII, 2015. p. 13-14).

75. DORES, Antonio Pedro; PRETO, José. *Segredos das prisões*. Cascais: Rio Costa Pinto Edições, 2013. p. 108.

76. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 310.

77. RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 215.

78. Vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 310-311.

de forma diferente do resto da população, contudo, com os problemas apontados nos dados, o Estado-administrador tem o dever de implementar políticas específicas para reduzir o contingente de pessoas privadas de liberdade doentes e/ou com falta de condições sanitárias adequadas. Com efeito, o respeito à dignidade da pessoa humana denota que o critério deveria ser aquele segundo o qual a tutela do bem saúde deve ser primariamente garantida⁷⁹, não se legitimando, como referido anteriormente, qualquer limitação.

4.2. O resultado da desvalorização

As unidades penais do país se constituem em locais de vitimizações sistemáticas e cotidianas. Verifica-se a existência de um conjunto constante e persistente de instituições, procedimentos, análises, reflexões e táticas voltadas à violência estatal no sistema penal-penitenciário que opera a partir de uma governamentalização de técnicas violentadoras dos direitos fundamentais das pessoas presas⁸⁰. Nesse contexto desumano, o acesso à saúde das pessoas presas se torna desvalorizado.

A cada avanço na conquista de direitos e progresso da igualdade e das garantias da pessoa humana, a manifestação de um mal tem sido determinada. Segundo Luigi Ferrajoli⁸¹, o grande desafio da democracia, atualmente, é aquele gerado pela desigualdade, crescente e mais intolerável, e agravada por um fator de desqualificação racista dos excluídos, selecionados como inferiores e por isso destinados à exclusão. Percebe-se um panorama de desvalorização dos direitos fundamentais das pessoas presas e de construção de um cidadão de segunda categoria⁸². Isso é possível de se observar diante do resultado de um processo histórico de *zonas de não direito*⁸³, pois a pena de prisão se coloca em uma esfera de não direito, um sofrimento causado intencionalmente com o fim de degradação⁸⁴.

79. RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. p. 220.

80. ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A arte de governar o mal e a gramática do desumano no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 13, 2017. p. 181.

81. FERRAJOLI, Luigi. Filosofía del mal y garantismo. In: CUÉLLAR, Alejandro Forero; RIVERA BEIRAS, Iñaki; GORSKI, Hector C. Silveira. (Ed.). *Filosofía del mal y memoria*. Anthropos Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans; Universitat de Barcelona: Barcelona, 2012, p. 107.

82. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 392.

83. COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milano: Guffrè, 1974. v. I. p. 357.

84. PAVARINI, Massimo. Estrategias de lucha. Los derechos de los detenidos y el abolicionismo. *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, año 17, n. 26, 2008. p. 8.

As normas aplicáveis ao sistema penal e prisional apresentam modelos de respeito aos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde da pessoa privada de liberdade. Contudo, as pessoas estão expostas a uma constante violência institucional em âmbito prisional, que envolve a deterioração da estrutura do próprio ambiente carcerário, o carente quadro de recursos humanos, a deficiente realização dos serviços penais, o risco de infecções e os altos índices de óbitos. Os dados são notórios, as necessidades são urgentes e o entorno carcerário não pode se tornar o potencializador da vulneração do acesso ao direito à saúde. A partir de uma ótica de radical respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, é inadiável afrontar tal situação, cujas alternativas devem passar também por um processo desencarcerador dos enfermos presos, levando a sério os direitos e superando a desumanidade em torno da custódia⁸⁵.

Tudo isso demonstra a incompatibilidade da proteção do bem saúde com a detenção em um local tão insalubre e degradante. Nesses espaços de crueldade, as violações atingem a dignidade humana e desvalorizam os direitos fundamentais, como também danificam a cogente e necessária distribuição de políticas de acesso e assistência à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática desenvolvida aborda questões delicadas, justamente por envolver direito fundamental (acesso à saúde), efetividade e pessoa privada de liberdade. Essa combinação temática é controversa na medida em que se tem como sujeito do direito subjetivo ao direito à saúde a pessoa presa e, conjuntamente, o problema da efetividade em geral, por questões de limitação de recursos financeiros, o acesso à saúde da população em geral. Embora essa distinção e relativização possa ser feita em termos de debate político, ela é imprópria na análise jurídica. O sujeito encarcerado em uma unidade prisional é pessoa humana como o sujeito que goza de sua liberdade. Ainda, a pessoa detida está sob custódia do Estado, portanto, depende em maior intensidade da prestação do Estado-administrador. Ela tem reduzida a sua capacidade de autodeterminação, dependendo da permissão ou ação do Estado para manter a sua saúde e/ou enfrentar seu problema de saúde.

As informações penitenciárias apresentam um espaço em que não são efetivadas práticas e ações que transformam o contexto das realidades. Os números exibidos neste artigo registram um estado deficiente e violador de direitos fundamentais e sociais. As unidades penais do país se constituem em locais de vitimizações sistemáticas e cotidianas. Essas dinâmicas são reforçadas pela omissão estatal e acarretam a inefetividade do acesso ao direito à saúde diante da sua própria desvalorização.

85. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel* (desde un garantismo radical). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 127.

A vulnerabilização das pessoas privadas de liberdade atinge a dignidade humana e a distribuição de políticas de respeito a direitos e assistências (saúde, jurídica, social, educacional, laboral etc.). A violência institucional sofrida pelos presos pode ser observada na estrutura prisional, nos serviços penais, nos atendimentos médicos, bem como nas informações sobre doenças e mortes. Essas violências demonstram a persistência da desumanidade e a formação de um comportamento omissivo do Estado perante seus cidadãos, cuja luta contra tal situação mortificante pode passar inclusive pela superação da opção segregacional, eis que amplificadora das próprias vulnerações de direitos.

Averiguou-se que a realidade das unidades penais é indigna e viola os direitos sociais do indivíduo, notadamente o direito à saúde. Porém, o Estado, como administrador do sistema penal e penitenciário, tem o dever de implementar políticas específicas para enfrentar o problema da saúde nas prisões, procurando diminuir o número de pessoas privadas de liberdade doentes e/ou com falta de condições sanitárias adequadas, readequar a estrutura e as condições físicas das unidades, investir em gestão, recursos humanos e serviços, e intensificar as ações de combate e tratamento de muitas enfermidades contagiosas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A arte de governar o mal e a gramática do desumano no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 13, 2017.
- ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, n. 41, ano XII, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Mapa assistencial*. Disponível em: [www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/3956-mapa-assistencial-ans-disponibiliza-numero-de-procedimentos-realizados-pelos-planos]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres*. 2. ed. 2018.

- Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf] Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2014*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2017*. Disponível em: [<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>]. Acesso em: 09.03.2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres – junho de 2017*. Disponível em: [<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>]. Acesso em: 09.03.2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2019*. Disponível em: [<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>]. Acesso em: 09.03.2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2015*. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf]. Acesso em: 25.05.2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Indicadores de cobertura*. Disponível em: [<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/f01.def>]. Acesso em: 25.05.2018.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciencias Sociales*, DS-FCS, v. 32, n. 45, jul.-dic. 2019.
- COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milano: Guffrè, 1974. v. I.
- DORES, Antonio Pedro; PRETO, José. *Segredos das prisões*. Cascais: Rui Costa Pinto Edições, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Filosofia del mal y garantismo. In: CUÉLLAR, Alejandro Forero; RIVERA BEIRAS, Iñaki; GORSKI, Hector C. Silveira. (ed.). *Filosofía del mal y memoria*. Barcelona: Anthropos Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans; Universitat de Barcelona, 2012.

- KOLKER, Tânia (Org.). *Saúde e direitos humanos nas prisões*. Rio de Janeiro: Secretaria de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário, 2001.
- KÖLLING, Gabrielle e MASSAÚ, Guilherme Camargo. A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 12, n. 2, 2011.
- MASSAÚ, Guilherme Camargo e BAINY, André Kabke. O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 2, 2014.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NEUMAN, Elías. *El estado penal y la prisión-muerte*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- NEUMAN. *Victimología y control social: las víctimas del sistema penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- PAVARINI, Massimo. Estrategias de lucha. Los derechos de los detenidos y el abolicionismo. *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, año 17, n. 26, 2008.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- RIVERA BEIRAS. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- RIVERA BEIRAS. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: Bosch, 1997.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RUOTOLO, Marco. *Derechos de los detenidos y Constitución*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- SANTORO, Emilio. Prólogo. ¿Hombres o detenidos? El estado de derecho más allá de los muros de la cárcel. In: CESANO, José Daniel; PICÓN, Fernando Reviriego (Coord.). *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires: BdeF, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. Brasil teve mais de 370 mortes violentas nos presídios em 2016. Disponível em: [<http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>]. Acesso em: 25.05.2018.

PESQUISA DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Políticas públicas de acesso à saúde no cárcere: uma análise do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, de Luiz Ismael Pereira e Beatriz de Santana Prates – *RBCCrim* 148/451-493 (DTR\2018\19817).

ELEIÇÕES PRESIDENCIAIS 2018: O DISCURSO POPULISTA E A LÓGICA ATUARIAL NA CAMPANHA ELEITORAL BRASILEIRA

PRESIDENTIAL ELECTIONS 2018: THE POPULIST SPEECH AND THE ACTUARIAL LOGIC IN THE BRAZILIAN ELECTORAL CAMPAIGN

DEBORA REGINA PASTANA

Possui pós-doutorado em Criminologia pela Universidad de Buenos Aires (UBA) – Argentina. Doutora em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professora do Instituto de Ciências Sociais da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
deborapastana@ufu.br

DANLER GARCIA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde é bolsista FAPEMIG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde foi bolsista CNPq de iniciação científica por três anos subsequentes.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0746-8805>
danler.garcia@hotmail.com

Recebido em: 11.02.2019

Aprovado em: 19.12.2019

Última versão do (a) autor (a): 09.03.2020

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Eleitoral

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo primordial explicitar o populismo penal presente nos discursos presidenciais nas eleições brasileiras de 2018, sinalizando que o recrudescimento punitivo foi agenda política tanto da direita como da esquerda. O uso simbólico do direito penal avançou sensivelmente, comprometendo sobremaneira a efetivação das garantias penais, agora submetidas à gestão atuarial dos riscos criados e recriados para sustentar um modelo perverso e desumano de controle social. Por intermédio do instrumental metodológico da análise

ABSTRACT: The present article has as main objective to make explicit the penal populism present in the presidential speeches in the Brazilian elections of 2018, signaling that punitive reinforcement was political agenda of both the right and the left. The symbolic use of criminal law progressed considerably, jeopardizing the enforcement of criminal guarantees, now submitted to the actuarial management of the risks created and recreated to sustain a perverse and inhuman model of social control. Through the methodological tools of discourse analysis,

do discurso, compreende-se que as fronteiras que compartimentavam, bem como distinguiam a direita punitivista, o centro minimalista, e a esquerda abolicionista, se diluíram na tentativa de angariar votos da população absolutamente impactada pela cultura de massa alarmista no que se refere à violência criminal. Assim, a análise dos discursos dos presidentiáveis certificou a hipótese de que a política brasileira deu mais um enorme passo no rumo de um controle penal simbólico e autoritário.

PALAVRAS-CHAVE: Populismo Penal – Gestão Atuarial – Política Criminal – Eleições Presidenciais – Análise do Discurso.

it is understood that the boundaries that compartmentalized, as well as distinguished, the punitivist right, the minimalist center and the abolitionist left were diluted in an attempt to garner votes from the population absolutely impacted by the alarmist mass culture with regard to criminal violence. Thus, the analysis of the speeches of the presidential candidates certified the hypothesis that Brazilian politics has taken another huge step towards a symbolic and authoritarian criminal control.

KEYWORDS: Penal Populism – Actuarial Management – Criminal Policy – Presidential Elections – Speech Analysis.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Populismo Penal e Gestão Atuarial. 3. Ponderações metodológicas: a análise do discurso e a crítica ao discurso político. 4. Os discursos dos candidatos à presidência do Brasil nas eleições de 2018. 4.1 Jair Bolsonaro. 4.2. Ciro Gomes. 4.3. Marina Silva. 4.4. Geraldo Alckmin. 4.5. Fernando Haddad. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quando estamos envolvidos em uma atmosfera de medo, muito provavelmente ideias e representações acerca de perigos diversos convergem para ampliar esse sentimento generalizado. Analisar o medo social é, em alguma medida, buscar identificar os discursos que ancoram essa construção coletiva. No caso específico da insegurança associada à violência criminal, é também fundamental compreender as transformações políticas que contribuem para solidificar esse sentimento.

É nesse caminho reflexivo que transita a criminologia crítica contemporânea. Algumas categorias de análise, como o “populismo punitivo” e o “atuarismo penal” já figuram como premissas teóricas para compreender o complexo mecanismo de governar através do delito¹ ou, mais precisamente, do medo do delito. É precisamente nesse nicho teórico que a presente pesquisa científica se configura. Neste artigo se apresenta os resultados da pesquisa empreendida em torno dos discursos dos aspirantes à presidência nas eleições brasileiras do ano de 2018, cujo foco primordial foi evidenciar o predomínio do populismo penal e da compreensão da política criminal atuarial.

1. Em referência ao expressivo título do livro de Jonathan Simon, originalmente intitulado “*Governing Through Crime*”.

Importante salientar que para chegarmos a essas categorias, foi preciso, inicialmente, diagnosticar o surgimento de uma cultura de massa a datar dos anos oitenta, cultura esta bastante voltada para a exploração econômica da insegurança relacionada à violência criminal. Em vários países ocidentais, a exemplo e a reboque da cultura norte-americana,² uma enxurrada de programas televisivos que retratam o crime violento de forma sensacionalista começa a despontar nesse período. O espaço midiático destinado às notícias alarmistas sobre o suposto crescimento da criminalidade permitiu que se referendasse paulatinamente a adoção de políticas criminais cada vez mais autoritárias em praticamente todo o Ocidente.

Esse fenômeno, bastante discutido por Eugenio Raúl Zaffaroni por meio de sua irônica expressão “criminologia midiática”, estabelece a necessidade de atentarmos para a reificação do recrudescimento punitivo como única forma de solução dos conflitos sociais. É muito evidente nos dias de hoje a preponderância de mensagens autoritárias, principalmente nos discursos políticos, voltadas quase sempre para a defesa da necessidade de um “choque de ordem”.

2. POPULISMO PENAL E GESTÃO ATUARIAL

Aqui já começamos a tratar especificamente do populismo penal. O atual pensamento criminológico passou a usar a nomenclatura “populismo” para designar uma nova postura política em matéria penal, extremamente destinada às massas, carregada de ressentimento e voltada para o aprisionamento. De fato, a reflexão da criminologia crítica contemporânea acerca do populismo penal abrange não apenas a discussão sobre o alarme social construído midiaticamente, mas, sobretudo, teoriza um fenômeno de massa na própria construção da ideia de controle.

“Produto da interação entre políticos, mídias diversas e o grande público consumidor de programas televisivos sobre violência; o populismo penal nada mais é que a condensação de um imaginário de insegurança que reproduz e legitima discursos de ordem vindos de todos os lados.” (PASTANA, 2019, p. 99).

Quando externado por políticos em campanhas eleitorais, esse populismo pode ser fundamental enquanto propaganda que busca angariar os votos dos medrosos. Servindo muitas vezes como plataforma política, a bandeira da austeridade no controle social

-
2. “O discurso da criminologia midiática atual não é outro senão o chamado neopunitivismo dos Estados Unidos, que se expande pelo mundo globalizado. [...] A característica central da versão atual desta criminologia provém do veículo empregado: a televisão. Por isso, quando dizemos discurso é melhor entender mensagem, pois ele se impõe mediante imagens, o que a dota de um poder singular.” (ZAFFARONI, 2013, p. 195).

impulsiona e até mesmo elege candidatos a qualquer posto de comando. O fato é que apelos por polícias mais combativas, leis mais rígidas e maior aprisionamento tem sido um estratagema eleitoral bastante eficiente. E não poderia ser diferente.

Esse populismo punitivo já vem sendo construído há pelo menos trinta anos no Ocidente e emerge, nesse momento, como uma faceta importante da política neoliberal, responsável não apenas por mascarar as reais causas da violência, mas por estabelecer uma única e inquestionável fórmula de solução tida como implacável.

No caso específico desta pesquisa, a aparente falta de controle por parte dos órgãos públicos, tão propagada nas falas de distintos políticos, oriundos de partidos diversos e até mesmo antagônicos, sedimentou ainda mais a ideia de que o único remédio para o descontrole da violência é a rigidez punitiva, materializada muitas vezes na simbólica defesa da severidade, ainda que autoritária.

No Brasil, o alarme social que se criou em torno da criminalidade tem provocado um generalizado desejo de punição evidenciado na incessante busca por repressão de todas as formas. Como discutiremos a seguir, essa obsessão por segurança, ainda que simbólica, esteve presente novamente nos discursos eleitorais para presidente no ano de 2018, sinalizando a enorme relevância desse tema durante todo o recente período democrático. Bem nos moldes atuariais,³ o controle penal passou a ser a “tábua de salvação” da sociedade brasileira e quanto maior sua dureza, mais satisfeita ela parece estar.

“O sentimento de insegurança, relacionado ao alarmante modo como se processa a veiculação de notícias sobre crimes, e a própria mudança dos padrões de criminalidade nas últimas décadas propiciaram a tentativa de reestruturação do sistema de justiça criminal. Essa situação é, de maneira peculiar, importante no cenário brasileiro, que

-
3. Entende-se por “atuarismo penal” tudo o que estiver relacionado à defesa de uma política criminal com traços marcadamente gerenciais, mais voltada para o controle dos riscos produzidos pelo desvio. Não se trata propriamente de uma corrente, teoria ou mesmo de uma bandeira exclusivamente política. Na verdade, é um discurso que transita também pelos campos acadêmicos e políticos, mas que não se resume a eles. De qualquer forma, para a lógica atuarial, “o direito penal deixa de se pautar pela culpabilidade e volta-se novamente para a periculosidade, em um salto gigantesco para o passado.” (PASTANA, 2019, p. 63). A garantia moderna de limitar o poder de punir, aqui representada pelo princípio da culpabilidade “cai por terra frente ao medo fabricado pela nova economia que exclui e estigmatiza o produto da sua própria exclusão.” (PASTANA, 2019, p. 63). Esse modelo de gestão punitiva vem a reboque do populismo penal. Diante da exploração midiática do medo do crime, emerge na política um novo discurso gerencial do risco. “Seu êxito está voltado para o controle daqueles considerados pertencentes a grupos de risco, por meio de vigilância permanente e restrição de liberdade quando necessário.” (PASTANA, 2019, p. 64). Na nova lógica atuarial, “o cárcere será mais cárcere do que nunca. Não haverá nele uma utopia reeducativa. O cárcere sobrevive hoje como um lugar que reduz riscos, como um cárcere de vigilância, para que ninguém saia do seu sitio. [...] Essa pena de prisão já não é mais uma máquina, não tem que fazer nada, não cria, não transforma. A essencialidade do cárcere do século XXI é a exclusão.” (ANITUA, 2008, p. 818-819).

sofre com as mazelas de um sistema penal altamente seletivo e muito distorcido em sua prática cotidiana. A herança do regime militar e da crise econômica dos anos de 1980 ainda repercute em nossas tentativas de construirmos instituições democráticas e condizentes com os atuais padrões internacionais de respeito aos direitos humanos. O clamor da violência e sua apropriação midiática, contudo, também pressionam pela adoção de medidas austeras e, no mais das vezes, incompatíveis com a experiência democrática.” (CÂNEDO; FONSECA, 2012, p. 8-9).

Assim, o populismo penal ou punitivo é também “um apelo emocional que reascende com virulência certos sentimentos vingativos no seio da sociedade fazendo emergir discursos de ódio voltados contra o desviante.” (PASTANA, 2019, p. 72). Nesse contexto, as medidas extremas prometidas pelos políticos no combate ao crime são chanceladas por cidadãos amedrontados e descontentes com a resposta penal quando a mesma parece branda demais. Nesse diapasão, “a ostentação dos suplícios” tão bem descrita por Michel Foucault como a ilustração da punição pré-moderna, passa novamente a fazer sentido dentro da lógica punitiva, agora menos racional e novamente carregada de atributos passionais.

“[...] as premissas iluministas, que no modelo disciplinar panóptico encontraram precisas coordenadas adestradoras de comportamentos, já não mais se coadunam com a expectativa social que envolve a punição. As massas querem sangue novamente. A única diferença substancial é que a ‘ostentação dos suplícios’ não precisa mais acontecer em praça pública, a preferência agora é pelo ‘emparedamento carcerário’. O chavão ‘apodrecer na cadeia’ nunca fez tanto sentido como agora. Esse desejo mórbido e talional se realiza quase todos os dias nas cadeias superlotadas do Brasil. Encarcerados brasileiros apodrecem literalmente.” (PASTANA, 2019, p. 73-74).

Como bem assevera David Garland (2008), a política criminal ganhou novamente um tom emocional, afastando-se do modelo moderno que operava por meio do discurso da racionalização da Justiça, materializada na ideia de recuperação ou correção social. Na atualidade, o medo do crime e o ódio do desviante produziram caminhos inversos ao da punição reformadora. A opção primeira é agora o aniquilamento.

A percepção de um público amedrontado e revoltado teve grande impacto no tipo e no conteúdo das políticas nos anos recentes. O crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem-estar, do delinquente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu. Em vez disso, as imagens modificadas para acompanhar a nova legislação tendem a ser esboços estereotipados de jovens rebeldes, de predadores perigosos e de criminosos incuravelmente reincidentes. (GARLAND, 2008, p. 54).

Embora Garland esteja se referindo à lógica punitiva norte-americana e europeia, suas afirmações fazem algum sentido também entre nós brasileiros. Embora não tenhamos jamais vivenciado uma “política criminal de bem-estar” em sua plenitude, considerando o fato de que entre nós sempre existiu uma dose significativa de retribuição penal

no exercício de punir, também passamos a “redramatizar o crime”, atribuindo ao criminoso a peja de algoz.

“Demonizar o desviante não mais se resume a rotulá-lo como tal, tampouco selecioná-lo entre estratos mais pobres da sociedade. Tudo isso continua acontecendo, acrescido de uma potencialidade destrutiva inovadora. O desviante é agora a encarnação do mal, não apenas o exemplo do erro. Ele não precisa mais de correção, deve ser exorcizado, aniquilado. Essa visão dantesca reclama quase sempre um inferno punitivo.” (PASTANA, 2019, p. 75).

Mais adiante iremos analisar alguns exemplos de discursos políticos externados na campanha presidencial de 2018, evidenciando suas potencialidades aniquiladoras. Falas que muitas vezes reduzem de forma maniqueísta o evento violento, como se estivéssemos em uma cruel batalha do bem contra o mal.

Travestidos de ícones morais que nos remetem às rasas noções de civilidade e selvageria, esses candidatos encarnaram a simbólica luta pelos “cidadãos de bem”, clamando o apoio popular para suas medidas rápidas, mágicas e draconianas.

Esse populismo, presente também nos discursos eleitorais ora analisados, impacta não apenas no recrudescimento normativo, com seu consequente aprisionamento em massa, como também tem contribuído para tornar ainda mais legítima a militarização da segurança pública, transformando nossas cidades em verdadeiros campos de guerra. Em concordância com Jonathan Simon:

“Naquelas sociedades que se desenvolveram rapidamente nas duas últimas décadas, do Brasil à África do Sul, da Índia à China, a crescente politização da temática dos crimes violentos e dos medos por ele suscitados está alimentando um ciclo similar de governamentalidade criminal. A governamentalidade criminal gera três específicos e importantes corolários. Primeiro, o crime se tornou uma questão estratégica significativa. Em todas as configurações institucionais, as pessoas parecem agir legitimamente quando atuam com o intuito de prevenir crimes ou outros comportamentos problemáticos. Notadamente, ‘executivos’ políticos, especialmente governadores, têm procurado expandir seus papéis sobre questões que vão desde a pena de morte até a restituição dos direitos políticos do preso. Em segundo lugar, as pessoas começaram a usar o crime para legitimar intervenções que possuem, na realidade, outras motivações; um número considerável de problemas sociais têm sido ressignificados como problemas criminais. Finalmente, as tecnologias, discursos e metáforas em torno do crime e do sistema de justiça criminal se tornaram mais visíveis em todas as espécies de instituições que tentaram ampliar o alcance da governança.” (SIMON; SILVESTRE, 2017, p. 93-94).

O fato é que “a importância do saber criminológico para a construção de políticas públicas relacionadas ao crime foi rebaixada e, em seu lugar, o senso comum ganhou

legitimidade para direcionar os rumos políticos-criminais.” (PASTANA, 2019, p. 76). Chavões como “tempos duros exigem leis duras⁴” passaram a ter mais força do que qualquer pesquisa científica sobre a eficácia do recrudescimento punitivo na diminuição das práticas delitivas. Outra expressão conhecida e repetida à exaustão no Brasil, a de que “direitos humanos só valem para humanos direitos”, também dá o tom autoritário da voz popular por aqui. Não por outra razão foi usada pelo general da reserva Hamilton Mourão, candidato a vice-presidente (PRTB) na chapa de Jair Bolsonaro (PSL).

Enfim, como veremos, o populismo penal externado nessas últimas eleições presidenciais escancarou mais uma vez o complexo modelo punitivo de Estado que opera a partir da exploração emocional das massas. Governar através do delito parece mesmo ser o estratagema dessa elite que maneja habilmente as engrenagens do poder, principalmente aquelas que atuam a serviço do capitalismo neoliberal, em que cidadania é bem de consumo e a prisão passa a ser um depósito de sujeitos odiados e descartáveis economicamente.

3. PONDERAÇÕES METODOLÓGICAS: A ANÁLISE DO DISCURSO E A CRÍTICA AO DISCURSO POLÍTICO

A análise do discurso, enquanto instrumental metodológico, possui uma multiplicidade de abordagens analíticas nas Ciências Humanas, assim como influências e pressupostos teórico-metodológicos para além de um posicionamento unívoco acerca da análise. Por seu turno, o discurso em si também não possui unanimidade em sua significância, uma vez que as inúmeras abordagens conferem mecanismos próprios de definição. Assim, o discurso e a análise do discurso podem ser compreendidos como “um conjunto de abordagens interdisciplinares que podem ser usadas para explorar diversos domínios sociais através de diferentes tipos de estudos.” (AZAMBUJA; NOGUEIRA, 2009, p. 1722).

De todo modo, importante salientar que a análise do discurso não é tão somente uma pesca aleatória de palavras, mas um artifício metodológico que intenta desnudar as representações, os juízos e as aspirações, latentes ou explícitas, em um discurso qualquer. Sob esse prisma, a análise do discurso busca evidenciar palavras, expressões e significâncias que permanecem despercebidas ordinariamente. Assim, um dos intentos da análise do discurso é investigar as relações de poder imiscuídas nos discursos.

4. Declaração do então desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Sebastião Luiz Amorim, no ano de 2006, e publicada no jornal Folha de São Paulo. Na época o também presidente da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis) disse que “se a população clamava por penas mais rígidas, cabia ao Congresso modificar a legislação penal”. O desembargador, que se dizia um “cidadão eminentemente democrata”, clamava para que o Congresso Nacional promulgasse leis em acordo com a vontade popular, afirmando que “tempos duros exigiam leis duras.” (SEMER, 2006).

Por conseguinte, analisar os discursos políticos é estabelecer uma reflexão acerca das aspirações ocultas, ainda que as mensagens sejam, por vezes, explícitas. A radicalidade na defesa da austeridade, por exemplo, camufla o desejo de reduzir o desvio à mera opção individual, sem qualquer compreensão social para o fenômeno. A literalidade da severidade também esconde a real intenção de ampliar o controle social de forma seletiva. À vista disso, o cariz distintivo do discurso político é a sua imprescindibilidade de impor uma verdade inquestionável a muitos, uma verdade carregada de símbolos que justificam a dominação estabelecida ou almejada. Enfim, o discurso político, enquanto reflexo de uma relação de poder, traduz a hegemonia de um pensamento e a sua legitimidade, adquirida muitas vezes por pressão, medo ou até mesmo ignorância dos sujeitos.

Sob esse prisma, o que se aspira realizar neste trabalho é uma análise crítica do discurso político dos candidatos à presidência da República nas eleições do ano de 2018, uma vez que, a partir do itinerário reflexivo conferido pela análise do discurso é passível de investigação o oculto nos discursos dos presidentiáveis, o que por certo representa formas latentes de poder e dominação.

Tal metodologia não apenas é adequada para filtrar e interpretar os discursos dos presidentiáveis, como nos permite verificar a presença constante de muitos indicadores do discurso punitivista caracterizado em claro populismo punitivo.

Nesse sentido, investigar os discursos, e não os planos de governo, constitui estratégia específica desta reflexão. Os programas são documentos elaborados muitas vezes por equipes políticas debruçadas em torno das questões centrais de governo. Tais documentos até carregam propostas populistas, mas são incapazes de produzir impacto emocional. Discursos, por sua vez, inflamam as massas, produzindo adesão carismática muito mais impactante, capaz de definir processos eleitorais a partir de uma leitura de recrutamento punitivo.

Em proposta similar⁵ à desta pesquisa o editorial do *Le Monde Diplomatique* de 10.09.2018 destacou que:

“Mais que uma análise objetiva das propostas, queremos dar destaque aos componentes estratégicos e emocionais que as candidaturas promovem em sua prática discursiva. A imprecisão e o apelo emocional ou moral das práticas discursivas, que poderiam ser criticados do ponto de vista racional dos programas, passam a ter sentido como mecanismos estratégicos de interpretação da sociedade e seus sujeitos.”

A fim de estabelecer um recorte que privilegiasse os candidatos que midiaticamente se colocaram como proeminentes na disputa eleitoral, optou-se por analisar os discursos

5. Trata-se de uma série de artigos intitulada “*A análise dos discursos dos candidatos*”, produzida pelo Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (CPDA/UFRRJ) e publicada pelo *Le Monde Diplomatique* Brasil.

e as assertivas instrumentalizadas por cinco candidatos à presidência do ano de 2018, vale dizer: Jair Bolsonaro, Ciro Gomes, Marina Silva, Geraldo Alckmin e Fernando Haddad. Esses cinco presidenciáveis foram sujeitos detentores de evidente capital simbólico e prestígio em suas campanhas eleitorais. A preocupação da pesquisa foi, a partir de discursos selecionados desses candidatos, destacar quais enquadramentos discursivos materializaram violência, criminalidade, controle social, segurança pública e política criminal. Também foi fundamental durante a análise, estabelecer como esses enquadramentos discursivos alicerçaram-se em um populismo punitivo de maneira a potencializar a dominação, o medo e o recrudescimento da punição.

Não utilizamos como fontes as mídias sociais, uma vez que estas podem ser alteradas ou mesmo apagadas em qualquer momento. Já as fontes jornalísticas, enquanto meios de comunicação de massa, não apenas registram os discursos políticos por meio de matérias, colunas ou editoriais; mas, sobretudo, também sinalizam a repercussão desses mesmos discursos em distintos ambientes políticos e sociais. Por vezes esses veículos de comunicação fazem também importantes apreciações críticas sobre o discurso veiculado. Outra justificativa para adotarmos as fontes jornalísticas é que as mesmas permanecem arquivadas, configurando assim, verdadeiro registro histórico. Por essas razões, a coleta dos discursos dos presidenciáveis ocorreu em jornais e veículos de informação que publicizaram⁶ o processo eleitoral do ano de 2018.

Assim, tendo como referencial metodológico a “análise de discurso” e usando as fontes jornalísticas como *locus* de observação, é possível fazer uma genuína crítica externa das falas, tendo como base não apenas o próprio instrumental metodológico, mas, sobretudo, o cabedal teórico da criminologia crítica que também está delineado no presente artigo.

Portanto, investigaremos a seguir os discursos políticos de cinco aspirantes à presidência da República brasileira, no ano de 2018, especificamente no que concerne à compreensão da violência e do crime, assim como no que concerne às propostas acerca da segurança pública, com o objetivo primordial de explicitar o modelo de política criminal que se almejou estabelecer como hegemônico por esses candidatos.

4. OS DISCURSOS DOS CANDIDATOS À PRESIDÊNCIA DO BRASIL NAS ELEIÇÕES DE 2018

Embora discursos políticos, nas democracias contemporâneas, possam acontecer com maior regularidade em espaços políticos tradicionais, como no Congresso Nacional ou em pronunciamentos oficiais transmitidos em rede, nos momentos eleitorais é no campo midiático que eles se disseminam, uma vez que nenhum candidato ou partido

6. Por isso, em alguns momentos os discursos políticos vêm acompanhados de comentários feitos por jornalistas, sobre o tom do que foi declarado.

prescinde do universo da imagem e do marketing. Assim, elegemos as falas dos candidatos à presidência que mais reverberaram na grande mídia durante suas campanhas. Por esse motivo, nem todos os candidatos à presidência tiveram seus discursos analisados, apenas aqueles que, mais pontuados nas pesquisas de intenções de voto, obtiveram destaque na imprensa por meio dos debates televisivos ou tiveram suas falas reproduzidas em matérias jornalísticas impressas, televisivas ou virtuais. Curiosamente, os cinco candidatos mais bem posicionados nas pesquisas contemplavam tanto partidos políticos de direita quanto partidos políticos de esquerda, sinalizando que em alguma medida o populismo penal esteve presente nos dois alinhamentos, como veremos a seguir.

4.1 *Jair Bolsonaro*

Representante maior da extrema direita que emergiu com força no cenário político brasileiro, Jair Bolsonaro foi, de longe, o candidato que mais faz uso do populismo penal em seus discursos. Ancorado na leitura conservadora que estabelece o rigor punitivo como única solução para a diminuição da tão propagada escalada de violência no país, Bolsonaro fez uso recorrente de expressões alarmistas.

Como uma verdadeira metralhadora, seus discursos dispararam prognósticos extremamente violentos, e não por outra razão, absolutamente polêmicos, acerca do controle da criminalidade no país. Mesmo antes dos debates eleitorais televisivos, Jair Bolsonaro sempre foi contundente em suas falas sobre segurança pública, não deixando espaços para quaisquer dúvidas sobre seu posicionamento marcadamente autoritário. Sempre questionando a legalidade posta e sugerindo certa frouxidão da legislação penal nacional, sinalizou constantemente a defesa de controles punitivos severos, mesmo ao arrempio da lei. Em entrevista ao *Jornal Nacional* em 28 de agosto de 2018,

“[...] o deputado defendeu a imunidade para policiais como forma de combater problemas na área de segurança pública e disse que criminosos não podem ser tratados como seres humanos. ‘Esse tipo de gente você não pode tratar como um ser humano normal que deve ser respeitado, como uma vítima da sociedade. Nós não podemos deixar os policiais continuarem morrendo nas mãos desses caras’, afirmou. Em resposta, disse que a solução é ‘deixar livre da linha de tiro as pessoas de bem da comunidade ir com tudo para cima deles’. ‘Ele [policial] entra, resolve o problema e se matar 10, 15 ou 20 com 10 ou 30 tiros cada um ele tem que ser condecorado e não processado.’” (FERNANDES, 2018).

Em uma visita ao batalhão do BOPE, já durante a campanha eleitoral do segundo turno, voltou a discursar acerca da necessidade de se respaldar o policial que mata em serviço, flexibilizando, e até mesmo ampliando, o instituto jurídico da excludente da ilicitude no direito penal brasileiro.

“Nós temos que preservar a vida humana das pessoas de bem e eles são as pessoas de bem. Quando criticam, eu até falo: ‘se não tá bem com a Polícia Militar, imagine sem ela?’. Então, nós temos que mudar isso daí. E mudar como? Pelo exemplo. Tendo gente do nosso lado que trabalhe para segurança visando preservar a vida dos policiais. O excludente de ilicitude não é apenas para os policiais é para todo cidadão de bem. Isso existe na legislação americana. A gente está costurando em Brasília, partindo do princípio que vai se eleger, né? Como aprova para que vocês tenham paz, após a missão têm que ser condecorados e não processados. Acho que só dessa forma nós podemos mudar o destino do Brasil.” (sic) (PORTAL G1, 2018).

Um pouco antes, em junho de 2018, durante sabatina realizada pelo jornal Correio Brasiliense, ao ser perguntado sobre a segurança pública, declarou que o tema deveria ser tratado com radicalismo:

“‘Em algumas coisas tem que ser radical. Só temos uma vida’, disse. ‘Não vem com essa história de presídio cheio. Isso é um problema de quem cometeu o crime. Eu sei que não é fácil. Vou contar com a ajuda do coronel (Ney Oliveira) Müller. Tem que vir gente como ele (para o governo), não pode vir antropólogo para tratar essa questão grave e única entre nós.’” (sic) (FORTUNA, 2018).

No primeiro debate televisivo, produzido pela Rede Bandeirantes de Televisão, no dia 09 de agosto de 2018, o então candidato pelo PSL afirmou que a violência no país se devia “a uma equivocada política de direitos humanos. O cidadão de bem foi desarmado [...] Devemos permitir que o cidadão possa comprar armas para sua legítima defesa.” Dias depois, em 14 de agosto de 2018, durante sabatina realizada pela Rede Record, disparou querer que “menor⁷ estuprador, bandido, vá para a cadeia.” Nessas falas maniqueístas ficou explícito que garantias fundamentais, como os direitos humanos, eram consideradas um empecilho para um controle penal eficaz. Aliás, essa também era a compreensão de seu candidato a vice-presidente, o general da reserva Hamilton Mourão (PRTB), que em discurso para uma plateia de empresários, declarou que “direitos humanos são para humanos direitos.” (RAMIL, 2018).

Em momento anterior, em junho de 2018, outra declaração controversa acerca do encarceramento em massa no Brasil expôs sua opção pela pena privativa de liberdade independentemente da gravidade do delito. “Para mim não tem diferença furto, roubo e latrocínio [...]. Você tem que esperar o marginal matar alguém para prendê-lo? Por que não prende de forma bastante drástica no furto lá atrás.” (AMORIM; MAIA; AMARAL, 2018).

7. A redução da idade penal, outra bandeira de sua campanha, também atestou sua forma populista de defender o recrudescimento punitivo, mesmo que para isso fosse necessário abandonar a garantia prevista no art. 228 da Constituição da República.

Logo após o primeiro debate, o candidato foi vítima de um atentado enquanto fazia campanha de rua. Hospitalizado por vários dias, deixou de comparecer aos demais debates televisivos. Contudo não interrompeu sua metralhadora discursiva. Dois dias após o resultado eleitoral do primeiro turno, jornais publicizaram algumas afirmações do candidato em suas redes sociais:

“Em mais uma declaração polêmica, nesta terça-feira (9), o candidato a presidente Jair Bolsonaro (PSL) falou que todos os brasileiros estão no mesmo barco. ‘Não vai colar essa divisão. O Brasil é um só e todos estamos no mesmo barco que afunda em violência e corrupção generalizada’, escreveu em suas redes sociais. Mais uma vez, o presidente-to-cível tocou no assunto da segurança pública. ‘É priorizando esses dois problemas, pegando pesado contra bandidos e dando fim às indicações políticas que o Brasil dará o primeiro passo rumo a prosperidade’. Em outra publicação, Bolsonaro garantiu que vai pegar ‘pesado’ contra a violência. ‘Para termos um Brasil mais seguro e livre para todas as pessoas, independente de cor, sexualidade e religião. Queremos devolver à população o prazer de andar na rua sem medo, de viver sem medo. Nosso inimigo é o crime, não o cidadão’. ‘Meu adversário falou que vai combater o encarceramento e soltar criminosos da cadeia. Nossa preocupação e prioridade são as pessoas de bem. Falo desde sempre, prefiro uma cadeia lotada de criminosos do que um cemitério lotado de inocentes. Se faltar espaço, a gente constrói mais’, complementou se referindo ao candidato do PT Fernando Haddad.” (CARVALHO, 2018).

Nesse momento, importante ressaltar sua compreensão antidemocrática do que vinha a ser o respeito à lei:

“Somos um país cristão. Deus acima de tudo. Não tem essa história, essa historinha de Estado laico, não. É Estado cristão. E quem for contra que se mude. Vamos fazer o Brasil para as majorias. As minorias têm que se curvar. As leis devem existir para defender as majorias. As minorias se adequam ou simplesmente desaparecem.” (*sic*) (LIMA, 2018).

Nessa fala fica bastante evidente o que Rubens Casara descreve como pós- democracia:

“Agora, porém, o quadro é outro: não se trata de recorrer ocasionalmente a um instrumental autoritário em plena democracia, mas de reconhecer que o Estado não pode mais ser tido como democrático, em especial diante da forma como trata os direitos e as garantias fundamentais. Não há crise. O que chamam de ‘crise’ é, na verdade, um modo de governar as pessoas.” (CASARA, 2017, p. 16).

Essa “nova forma de governar pessoas” foi exatamente a escolhida pelo então candidato do PSL, ainda que outros candidatos também não a descartassem. Por meio do populismo penal, essa forma não democrática é assimilada sem que sua característica

autoritária seja percebida ou revelada. Ora, na “pós-democracia desaparecem, mais do que a fachada democrática do Estado, os valores democráticos.” (CASARA, 2017, p. 21-22).

É nesse enredo que o discurso de Jair Bolsonaro também procurou estabelecer uma visão moralista sobre o controle social. Em seu discurso, quando se referia aos “cidadãos do bem”, ele não só estava associando a segurança e moral, como também estava deixando muito evidente que essa associação poderia justificar o desrespeito aos limites legais de punir.

“Os cidadãos de bem, atores políticos (e morais) necessários para a transformação social desejada, são os que defendem a família, os valores cristãos conservadores, a Escola sem Partido, a redução da maioria penal, o controle da natalidade como condição de combate a violência e a pobreza. São particularmente os homens, que valorizam as armas, a polícia e os militares, e que preferem as milícias frente às drogas.” (VARGAS, 2018).

Murilo Cleto (2018) tem razão ao dizer que “a lista de declarações controversas ou flagrantemente autoritárias de Bolsonaro é extensa demais para ser reproduzida integralmente aqui.” Eliane Brum (2018) também tem sua razão ao diagnosticar que o discurso de Bolsonaro estava impregnado de uma “autoverdade”, onde “o valor está no ato de dizer e não no conteúdo do que é dito.” Assim seus discursos caminharam durante todo o processo eleitoral. Por meio do populismo punitivo propagado de forma fervorosa, e porque não dizer falaciosamente messiânica, Jair Bolsonaro conseguiu, como nenhum outro (a) candidato (a), fascinar, atrair e cativar eleitores que, deslumbrados com as tonalidades emocionais de seu discurso, passaram a defender medidas penais excessivas, arbitrárias e desumanas.

4.2. *Ciro Gomes*

Representante de uma centro-esquerda que despontou como alternativa à esquerda desgastada e desacreditada, *Ciro Gomes*, ainda que não estivesse imiscuído em uma leitura conservadora acerca das políticas criminais e políticas de segurança pública, também se atrelou ao populismo penal em seus discursos e propostas. Seus ideais e seus posicionamentos demonstraram uma postura ambivalente uma vez que, ao mesmo tempo em que argumentava que não defrontaria a problemática da violência no país de maneira populista, desnudou uma postura austera e insipiente no que versa ao tratamento da violência criminal, reverberando em ideais e posicionamentos contrassensuais.

Em sabatina promovida pela Folha, em parceria com o UOL e o SBT, no dia 03 de setembro de 2018, ao ser inquirido acerca da greve dos caminhoneiros, suas peculiaridades e desdobramentos, *Ciro* assegurou que em seu governo “ninguém vai fechar estrada para

impedir pessoas doentes de transitar”, e “quem transgredir a lei vai preso, não tem conversa. Não sou dessa esquerdinha boboca, não, que fica alisando bandido.” (FLECK, 2018).

O candidato compreendia naquele momento que a esquerda política possuía uma postura frouxa e cordial no que versa à violência criminal. Por conseguinte, o ideal que defendia os direitos e garantias fundamentais dos sujeitos foi compreendido como “boboca”, como asseverou o candidato. Ser de esquerda corresponderia a uma postura dócil, ao passo que ser de direita corresponderia a uma postura estanque, sendo Ciro um candidato de centro-esquerda que seria detentor de posições austeras e nada frouxas.

Ciro Gomes, que disputou a presidência da República em 2002 pelo PPS, já asseverava “destroçar o crime organizado, fortalecendo os recursos humanos, técnicos e financeiros de que dispõe o governo federal para fazer guerra ao grande crime.” (RÔMANY, 2018). Assim, o candidato já se apropriava, bem antes, de um discurso populista no que concerne ao enfrentamento da violência no país por intermédio de uma guerra ao grande crime. Nessa última campanha eleitoral Ciro certificou-se de que “a ação será cirúrgica. Ao invés de aparatosa, nós vamos mapear, infiltrar e cortar a cabeça do crime organizado, uma, duas, três vezes.” (ADORNO, 2018).

Outrossim, o candidato atestou a transferência dos líderes de facções criminosas à presídios federais, demonstrando, mais uma vez, um posicionamento combativo ao crime organizado no país. Contudo, essa transferência é competência do Poder Judiciário, não tendo o chefe do Poder Executivo, prerrogativa para tanto.

“Todas as cabeças dessas facções criminosas, que comandam o crime de dentro da cadeia, com a anuência e acordo das autoridades de São Paulo e do Rio de Janeiro, no caso do PCC [Primeiro Comando da Capital] e Comando Vermelho, serão imediatamente, eu tomando posse, transferidas para presídios federais.” (ADORNO, 2018).

Camila Nunes Dias, estudiosa do tema, assevera que a defrontação das facções criminosas está para além da federalização de crimes e aprisionamento⁸ dos criminosos. Para a

-
8. O Primeiro Comando da Capital (PCC) emerge por intermédio da incompetência e austeridade estatal para versar sobre a violência criminal e o sistema carcerário paulista, Estado onde a facção criminosa nasceu. As políticas criminais tão somente repressivas, que se tracejam unicamente no recrudescimento punitivo concernente ao cárcere, reverberaram no fortalecimento, perpetuação, consolidação e expansão da referida facção para as prisões de todo o País. Neste sentido, a atuação e as aspirações que se lastreiam tão somente no combate desenfreado e ignorante da facção escassamente podem contribuir com a atenuação do PCC, que já possui indiscutível consolidação nos cárceres brasileiros. “Fruto da incompetência, do arbítrio, da violência e da omissão do Estado, o PCC constitui-se hoje como ator relevante no cenário político paulista, estendendo sua organização para fora das prisões como pôde ser visto em 2006. O Poder Público, por sua vez, não consegue efetivar qualquer ação política que esteja fora do âmbito meramente repressivo e, ao priorizar a repressão contribui enormemente para que a facção se consolide como instância de poder no sistema carcerário a qual, apesar de ser inegável arbítrio e de um despotismo disfarçado, consegue

autora, “todas essas políticas nos últimos 30 anos tiveram como foco a punição e repressão. O Estado nunca se preocupou com segmentos da população que vivem em comunidades pobres. É preciso um plano que envolva a prevenção”. (RÔMANY, 2018).

No mesmo mantra populista e simplista, Ciro Gomes assegurou a infiltração, a espionagem e a interceptação de comunicações no que concerne à defrontação do crime organizado no Rio de Janeiro. Para o candidato, “o que vai resolver o problema é você mapear via infiltração e espionagem e interceptação de comunicações a trilha do dinheiro [do crime organizado].” (KAWAGUTI, 2018). Por consequência, o candidato aspirava se apropriar de elementos tecnológicos no que concerne à vigilância e enfrentamento da violência criminal brasileira.

É preciso ter investimento maciço em inteligência, para mapear os cabeças do crime organizado e retirá-los de circulação. Proponho o uso de drones, satélites, scanners e outros equipamentos de tecnologia de ponta para monitorar efetivamente as fronteiras e combater o tráfico de armas, drogas, pessoas e outros crimes. Paralelamente a isso, pretendo apresentar proposta de inovações institucionais no combate à corrupção. (MENDES, 2018).

Tal discurso de Ciro nos remete a ponderação de Zygmunt Bauman, no sentido de asseverar que “a tecnologia de vigilância hoje se desenvolve em duas frentes que servem a dois objetos estratégicos opostos: numa das frentes, o confinamento (ou ‘cercar do lado de dentro’), na outra, a exclusão (ou ‘cercar do lado de fora’).” (BAUMAN, 2013, p. 65).

No Seminário Internacional sobre Segurança Pública, realizado pela Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, no dia 06 de junho de 2018, Ciro argumentou que possuía o escopo de federalizar determinados crimes, bem como empreender uma articulação entre União, estados e municípios para um combate mais efetivo da criminalidade no país.

“É preciso assumir como nacional e prioritária essa questão da segurança. A União Federal precisa organizar, em diálogo com municípios e estados, um Sistema Nacional de Segurança e um serviço unificado de inteligência que traga para a União a tarefa de combater em todas as etapas, desde a investigação até o julgamento, os crimes praticados pelas facções criminosas, pelo narcotráfico, lavagem de dinheiro e crimes contra a administração pública.” (PDT, 2018).

Em entrevista auferida aos jornalistas da *Carta Capital* em 14 de agosto de 2018, Ciro Gomes novamente asseverou que pretendia “federalizar todo o itinerário da investigação

obter legitimidade diante da grande maioria daqueles que estão sob seu domínio – exatamente a mesma legitimidade que falta ao Estado em sua relação com a massa carcerária, sempre pautada pelo arbítrio e pela truculência”. (DIAS; SILVESTRE, 2009, p. 100).

à segregação prisional, do enfrentamento das facções criminosas, narcotráfico, crime contra a Administração Pública e lavagem de dinheiro.” (CARTA CAPITAL, 2018).

Acerca do Primeiro Comando da Capital (PCC) e facções criminosas, Ciro certificou-se de que sua proposta lastreava-se em “pegar toda essa cabeça e segregar imediatamente em presídios federais [...] e fazer uma inovação na execução da pena para que eles fiquem segregados, incomunicáveis ou sem o direito ao sigilo da comunicação quando tratar com os advogados e parentes.” (CARTA CAPITAL, 2018).

Como se pode observar, a postura do aspirante era indiscutivelmente violadora das garantias fundamentais, uma vez que pretendia tornar os encarcerados incomunicáveis e sem o direito ao sigilo, reverberando sua política e propostas nitidamente arbitrárias. Nesse diapasão, é possível perceber que Ciro Gomes também possuía em seus discursos e propostas uma leitura populista e um tanto quanto insipiente e austera. A ambivalência lastreava sua postura no que concerne à defrontação da violência criminal, bem como suas propostas político-criminais e de segurança pública, o que denota um grande contrassenso.

Neste sentido, é possível delinear que Ciro Gomes tomou parte de uma “esquerda punitiva”⁹. Essa esquerda, que se coaduna com a austeridade e a equivocada insipiência no que concerne ao enfrentamento da violência criminal, não engendrando alternativas concretas e eficazes às posições punitivistas, adere acriticamente à leitura conservadora, reacionária e dominante de recrudescer a política criminal e as políticas de segurança pública, desembocando na impossibilidade de compreensão profunda do fenômeno criminal, assim como na incapacidade de atingir mecanismos mais eficientes de transformação social.

Por consequência, ao estabelecer posições voláteis no que versa à temática aqui abarcada, Ciro Gomes, de forma populista, caminhou na contradição de propor justiça social com austeridade. Nesse sentido, foi emblemático seu discurso, que buscou empreender “um olhar rebelde para as práticas tradicionais.” (PDT, 2018).

9. Expressão cunhada por Maria Lúcia Karam (1996), a esquerda punitiva traceja-se pelo propósito da esquerda em expandir a punição, bem como repreender condutas tradicionalmente e contra-hegemonicamente apartadas à intervenção jurídico-penal. Neste sentido, “chega a ser, assim, espantoso que forças políticas que se dizem (ou pelo menos, originariamente, se diziam) voltadas para a luta por transformações sociais prontamente forneçam sua adesão a um mecanismo tão eficaz de proteção dos interesses e valores dominantes de sociedades que supostamente deveriam ser transformadas.” (KARAM, 1996, p. 82-83). Sob esse prisma, nada mais elementar e simbólico do que o posicionamento de Ciro Gomes à candidatura da presidência em 2002 quando asseverou que aspirava “destroçar o crime organizado, fortalecendo os recursos humanos, técnicos e financeiros de que dispõe o governo federal para fazer guerra ao grande crime” (RÔMANY, 2018) e as prelações de Maria Lúcia Karam acerca da esquerda punitiva quando assegura que “desvinculados de uma análise séria da realidade e acompanhando a exacerbação do desejo punitivo, que segue o ideal imediatista de ‘viver em paz’, sequer estranham aqueles setores da esquerda esse desejo de paz que admite até a guerra.” (KARAM, 1996, p. 86).

4.3. *Marina Silva*

É possível afirmar que a candidata Marina Silva, do partido Rede Sustentabilidade (REDE), mesmo com posturas bastante conservadoras em determinados temas, não sucumbiu totalmente ao discurso punitivista, não se apropriando, de forma significativa, do populismo penal em seus ideais e posturas. A candidata, durante toda a campanha, demonstrou-se contrária à liberação do porte de armas à população brasileira, bandeira recorrente de seu opositor Jair Bolsonaro, asseverando que “o Estado é que tem a obrigação de proteger as pessoas. Não é liberando porte de armas para que cada um faça a sua defesa pessoal porque é ele que tem que prover determinados serviços, oferecer saúde, educação e segurança pública.” (SASSE, 2018). Neste sentido, na contramão das promessas populistas nesse setor, a candidata atestou que fortaleceria “a política de controle de armas, com efetiva responsabilização pelo uso e porte ilegal, desvio e tráfico.” (ANTUNES, 2018).

Também propôs plebiscitos para consultas populares acerca da descriminalização do tráfico de drogas, e para a transferência de controle de alguns crimes para as Forças Armadas. Ainda que esse último seja tema controverso dentro da criminologia, na medida em que não se pode confundir segurança pública com segurança nacional, chamar consultas populares é uma medida democrática que destoa dos discursos populistas predominantes. A candidata também propôs um Plano Nacional de Segurança Pública que empreenderia uma atuação integrada entre União, estados e municípios. Nesse sentido, Marina Silva também almejava a criação de projetos com alternativas penais ao encarceramento de crimes não graves, uma vez que “existem pessoas que entram no supermercado e fazem algo errado, principalmente jovens de periferia, e, de repente, estão encarceradas. E vão sair de lá piores do que entraram.” (ESTADÃO CONTEÚDO, 2018).

Por seu turno, no que tange ao combate à corrupção, a candidata apresentou posições mais austeras e um tanto quanto insipientes ao demonstrar um apreço a Operação Lava Jato no Brasil.

“O meu compromisso é de mudar o Brasil para que a corrupção seja combatida com todos os meios que dispomos. O compromisso de que a gente vai trabalhar muito para recuperar os empregos dos brasileiros. Eu quero ficar com aqueles que têm compromisso em não sabotar a Lava Jato. A Lava Jato foi uma das melhores coisas desse País desde a redemocratização. Em função da Lava Jato, os eleitores saberão quem desviou o dinheiro público. Quem foi corrompido e quem se corrompeu.” (ROCHA, 2018).

O discurso da candidata ignorou que a Operação Lava Jato, para além da intenção de coibir e punir a corrupção no país, incidiu em indiscutível espetacularização punitiva, engendrada sob o prisma de inúmeras violações de direitos e garantias fundamentais dos

investigados,¹⁰ que, por fim, contribuiu para reverberar uma expansão do fenômeno punitivista brasileiro. Com poucas falas sobre segurança pública, a candidata Marina Silva, em seu recorrente uso de “significantes vazios”,¹¹ mesmo não aderindo de forma contundente ao populismo penal, não estabeleceu uma plataforma de propostas que a aproximasse de uma política de segurança cidadã.

4.4. Geraldo Alckmin

Candidato pelo PSDB, com a vice-presidência representada por Ana Amélia, senadora do Partido Progressista (PP), Alckmin representou a condensação dos valores conservadores de direita que vulgarmente ficou conhecido no Brasil como “centrão” em referência a heterogênea bancada no Congresso Nacional a comungar dessa condensação valorativa.

Seus discursos durante a campanha presidencial, marcadamente populistas em matéria de controle penal, buscaram associar segurança pública com endurecimento punitivo. Sempre que possível, procurou enaltecer as políticas de segurança paulistas, estado em que foi governador mais de uma vez, destacando medidas de severidade no trato do crime implementadas em suas gestões.

“No tocante à segurança, considera que a violência em razão do tráfico de drogas é um dos maiores problemas de todo o Brasil e critica o governo federal por não cuidar das fronteiras: ‘Nós produzimos milho, cana, café, nós não produzimos cocaína. Tráfico de armas. Como é que entra metralhadora, fuzil? Entram pelas fronteiras.’” (FEITOSA [et. al.], 2018).

-
10. Concernente à Operação Lava Jato e suas violações de direitos e garantias fundamentais, Rubens Casara (2018, p. 200-202) atesta que estes “direitos e garantias fundamentais, vistos como obstáculos aos objetivos repressivos, moralizantes e políticos da Operação Lava Jato, teriam sido afastados. Por outro lado, as consequências sociais e econômicas desses processos, que raramente foram objeto de atenção dos meios de comunicação de massa, mostraram-se adequadas à razão neoliberal. [...] Também não são poucos os relatos de prisões no curso das investigações ou dos processos relacionados à Lava Jato que teriam sido decretadas sem a presença dos requisitos legais e com o objetivo aparente de forçar os investigados ou os réus a fazerem ‘delações premiadas’.”
 11. “É em torno do significante vazio do que chama ‘a nova política’ que Marina tem construído seu campo discursivo para o pleito eleitoral 2018. [...] Analisamos que o discurso de Marina se constrói em torno da identificação de uma demanda e insatisfação latente na sociedade brasileira, que tem vivido, especialmente no período recente, paixões exacerbadas em relação à política e ao sistema político de modo geral: a ‘sociedade está indignada’, ‘insatisfeita com a política’, ‘não se sente representada’ e ‘quer ser protagonista numa nova política’. Ela e seu partido identificam a ‘crise política’ como principal problema a ser superado no país, pois dela derivariam as demais, como a ‘crise econômica’, em que destaca a alta taxa de desemprego, e a ‘crise democrática’, com a ‘ilegitimidade’ e ‘queda da credibilidade do sistema político’ e suas instituições. [...] É partir deste marco diagnóstico que seus discursos criam uma cadeia de equivalências articulando significantes flutuantes e vazios em torno do ponto nodal ‘da nova política’, para delimitar as identidades políticas – um ‘nós’, em antagonismo à um ‘eles’.” (BITTENCOURT [et. al.], 2018).

Em entrevista ao Jornal Nacional no dia 29 de agosto de 2018, Alckmin afirmou que a política de segurança de São Paulo era exemplar. “Nós temos os melhores policiais do Brasil, a melhor polícia do Brasil, a melhor tecnologia. Tínhamos em 2001, 13 mil assassinatos por ano. Reduzimos, no ano passado, para 3.503 para 45,5 milhões de habitantes.” (JORNAL NACIONAL, 2018).

Indagado se essa queda na taxa de homicídios não estaria relacionada ao fato da hegemônica facção criminosa paulista conhecida como PCC (Primeiro Comando da Capital) ter conseguido eliminar seus rivais, dominando o crime no estado, como atestavam estudiosos do tema, Alckmin rebateu: “é inacreditável alguém dizer que 10 mil pessoas deixam de ser mortas por ano e que a culpa disso, ou melhor, a proposta disso é o crime que fez. Ele não, é a polícia que fez.”

De fato, numerosos são os estudos que atestam a hegemonia desse poder paralelo não apenas em São Paulo, seu estado de origem, mas em praticamente todo o país. Forjado como uma resistência às violações de direitos impostas aos presos pelo estado (NUNES, 2011), o PCC também se encarregou de gerenciar várias frentes de atuação no crime organizado brasileiro, ficando cada vez mais responsável por atividades econômicas ilícitas em praticamente todo o território nacional.

Questionado exatamente sobre sua responsabilidade enquanto governador do Estado em que essa facção surge e se empodera, Alckmin responde:

“Olha, quando o Fernandinho Beira-Mar, que é aqui do Rio de Janeiro, o governo federal não tinha onde colocá-lo... Não existia penitenciária de segurança máxima no Brasil, Renata, nós já tínhamos em São Paulo três penitenciárias de segurança máxima.” (sic) (JORNAL NACIONAL, 2018).

Como se observa, Alckmin não admite a omissão, e até mesmo a incompetência de seu governo quando o assunto é o crescimento do crime organizado no período de sua gestão. Prefere aderir confortavelmente ao populismo penal que muito adequadamente camufla sua estrondosa ineficiência nesse setor, destacando apenas a construção de penitenciárias na sua gestão. Ao invés de atuar na prevenção do delito, preferiu atuar no grande encarceramento. Ainda na mesma entrevista disparou:

“Você sabe quantos presos nós temos em São Paulo? Duzentos e vinte e oito mil presos. Nós temos 22% da população brasileira, 35% da população carcerária. São Paulo prende, cana dura, e eu sendo presidente da República vou mudar a Lei de Execuções Penais, acabar com essa saidinha toda hora e endurecer pena. Tecnologia, polícia de fronteira, combate. Qual o problema do Brasil? É droga. É tráfico de drogas e tráfico de armas. Os Estados estão enxugando gelo e isso é tarefa federal. Tráfico de drogas e tráfico de armas. Nós vamos criar uma agência de inteligência.” (JORNAL NACIONAL, 2018).

Nítido seu viés punitivista, prometendo endurecimento punitivo durante a execução penal e encarceramento em massa como, aliás, já ocorre em São Paulo há mais de duas décadas sob o governo do PSDB.

Nessa mesma entrevista, Alckmin se vangloriou da política atuarial tão devastadora em matéria de garantias fundamentais e tão amplamente implementada nos presídios paulistas. Questionado se os chefes do PCC continuavam a comandar o crime de dentro da cadeia, o candidato negou veementemente reforçando a ideia de que os presos perigosos ficavam em isolamento absoluto nas prisões paulistas após a Lei 10.792/2003 que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

“Um dos líderes do crime organizado ficou cinco anos em RDD. Você sabe o que é RDD? Ficar 22 anos na cana... [...] Não toma nem sol, não tem visita íntima, em isolamento absoluto.” (JORNAL NACIONAL, 2018).

De fato, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), inserindo no ordenamento jurídico brasileiro após uma megarrebelião¹² ocorrida em fevereiro de 2001, dentro de 29 unidades prisionais paulistas, instituiu a mais severa e desumana forma de cumprimento da pena privativa de liberdade.

“O isolamento celular prolongado previsto no RDD, em face dos efeitos destrutivos para a saúde física e mental dos condenados, assume feição de pena cruel, reeditando a velha noção de pena como puro e simples exercício de vingança social. Tem-se, assim, não apenas uma ressignificação da disciplina, mas dos próprios suplícios, em um sistema (ideológico) integrado de maxipunitividade [...] Coerente com a tendência contemporânea de conferir sentido inabilitador à pena de prisão, o RDD surge como técnica penitenciária eficaz que visa ao mesmo tempo conter e eliminar os sujeitos *indesejáveis*. Para além da privação de liberdade, se agrega um castigo que remonta os suplícios medievais.” (CARVALHO; FREIRE, 2005, p. 23-24).

“Ao estabelecer regime tão cruel de cumprimento de pena, o Brasil deixou de lado qualquer pudor moderno com a humanização do cárcere e o compromisso de reabilitação.” (PASTANA, 2019, p. 140). Geraldo Alckmin se vangloriou exatamente dessa

-
12. “Televisada quase que de forma ininterrupta, essa megarrebelião escancarou publicamente as fragilidades do governo estadual paulista na administração penitenciária, deixando muito visível, por outro lado, o poder de articulação da facção Primeiro Comando da Capital (PCC). Naquele momento, a sociedade brasileira ficou em choque com as cenas de fogo, depredação e morte dentro dos cárceres paulistas. O resultado foi a criação do RDD, regime de cumprimento de pena que prevê a possibilidade de isolamento celular por até trezentos e sessenta dias do encarcerado, condenado ou preso provisoriamente, que cometa crime doloso dentro do cárcere.” (PASTANA, 2019, p. 140).

política. Se regozijou em isolar de forma desumana pessoas consideradas perigosas. Com o discurso voltado para a necessidade de aplacar os riscos, Alckmin se orgulhou por estar emparedando vivas pessoas que já não mais merecem o respeito e aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, já na reta final do primeiro turno, quase sem chances de um bom desempenho capaz de reverter sua posição retardatária nas pesquisas, Alckmin endureceu ainda mais seu discurso em uma tentativa desesperada de agradar a população amedrontada e sedenta por medidas simbólicas e autoritárias.

“Em busca do eleitorado de Jair Bolsonaro, presidenciável do PSL, a campanha do ex-governador paulista Geraldo Alckmin, candidato do PSDB à Presidência da República, reforçou o discurso da segurança pública e lançou no horário eleitoral um programa chamado ‘Linha Dura’, que promete ‘endurecer as leis.’” (AGÊNCIA ESTADO, 2018).

Trata-se de estratégia antiga que o candidato do PSDB nunca deixou de usar. O populismo penal sempre esteve em suas campanhas e nunca deixou de existir em suas gestões. Manter a população alarmada e prometer medidas emergenciais sempre permitiram a Geraldo Alckmin uma dose extrema de autoritarismo e arbitrariedade no exercício do controle social em que atuou como gestor. Contudo não foi suficiente para levá-lo ao segundo turno das eleições presidenciais de 2018. Promessas mais populistas dispararam na sua frente.

4.5. *Fernando Haddad*

Fernando Haddad, ex-prefeito da cidade de São Paulo e candidato pelo Partido dos Trabalhadores (PT), foi o aspirante à presidência da República que substituiu Luiz Inácio Lula da Silva, após decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que inviabilizou sua candidatura. Haddad, assim como Ciro Gomes, lastreou suas propostas acerca do enfrentamento da violência criminal, políticas criminais e segurança pública sob o prisma da justiça social. Todavia, seus ideais e posicionamentos também apresentaram certa ambivalência que asseguraram um contrassenso entre conservadorismo e progressismo.

“Nós vamos federalizar o combate ao crime organizado de todo tipo. E vamos fazer uma classificação de risco dividindo competências, redividindo competências para ter uma política de tirar do sistema penitenciário e carcerário aquilo que pode receber um outro tipo de tratamento. E jogar peso no combate ao crime pesado, contra a vida, contra a questão das fronteiras.” (sic) (SASSE, 2018).

Essa fala do candidato é detentora de especificidades bem importantes para a presente análise. Ao mesmo tempo em que aspirava empreender o desencarceramento no que concerne aos pequenos delitos, defendia engendrar uma nova racionalidade penal,

estabelecendo uma “classificação de risco”. Haddad baseava-se na compreensão de risco tão sensível ao atuarismo penal como uma política criminal tracejada no gerencialismo e controle de riscos empreendidos pelo desvio. Por conseguinte, o candidato do PT sucumbiu às novas configurações conservadoras da política criminal hodierna, quando afirmou pretender “jogar peso no combate ao crime pesado”.

Em diálogo com a *Carta Capital*, no dia 27 de julho de 2018, ao ser retorquido acerca de quais seriam as propostas específicas do PT para a área da segurança pública, o candidato assegurou que:

“No nosso programa, quando falamos em inteligência também falamos sobre o sistema jurídico e prisional. Estamos promovendo um encarceramento em massa com resultados contraproducentes. [...] Então, quando nós falamos que a Polícia Federal vai atuar com mais inteligência será sobretudo nesses crimes que tem escala nacional: tráfico de armas, tráfico de drogas, crimes financeiros... Nós vamos reforçar o papel da União nessas atividades, visando dar mais inteligência para o sistema e focando o topo da pirâmide das organizações criminosas.” (sic) (CUBAS; MARTINS, 2018).

No mesmo sentido, Haddad asseverou que aspirava engendrar o “combate implacável ao tráfico de armas e drogas, à lavagem de dinheiro e às movimentações financeiras do crime organizado.” (LULA, 2018). Por conseguinte, o candidato complementou atestando que “alguns crimes vão passar também para a esfera federal, com contingente da polícia que vai ser reforçada e, com isso, vamos fazer os Estados cumprirem metas de diminuição da violência. Todo Estado vai ter que cumprir metas.” (LULA, 2018). Ao ventilar acerca da exigência de cumprimento de metas no combate ao crime violento, Haddad deixava de reconhecer o evidente fato de que essa política eficientista de metas por parte da polícia é, em muitas hipóteses, responsável pelas execuções sumárias e violações de direitos humanos.

Outrossim, no que versa à redução dos homicídios, Haddad atestou a imprescindibilidade de “construção de um sistema de inteligência fundado em alta tecnologia, monitoramento de nossas fronteiras, qualificação dos profissionais de segurança, bem como pelo combate implacável à tortura.” (LULA, 2018).

Tais discursos são também reveladores de uma postura atuarial e gerencialista do candidato no que concerne ao combate à violência criminal. Haddad apropriou-se da preocupação com o gerenciamento dos riscos e o fez por meio dos elementos tecnológicos que dão ao controle penal nova racionalidade. Por consequência, nada mais simbólico e elementar do que as prelações de Stephen Graham acerca do hodierno urbanismo militar:

“A gigantesca proliferação global de projetos de vigilância governamental altamente tecnófilos como o programa e-Borders é um sinal da impressionante militarização da sociedade civil – a extensão das ideias militares de rastreamento, identificação e seleção nos espaços e meios de circulação da vida cotidiana. De fato, projetos como esse são mais do que reações do Estado a ameaças à segurança que estão em mutação. Em um mundo

marcado pela globalização e pela crescente urbanização, eles representam tentativas drásticas de traduzir antigos sonhos militares de onisciência e racionalidade altamente tecnológicas para o controle da sociedade civil urbana.” (GRAHAM, 2016, p. 24).

Ademais, assim como Ciro Gomes, Haddad almejou enfrentar intransigentemente determinados crimes, tais como o tráfico, lavagem de capitais, crime organizado e crimes contra a ordem econômica. Neste sentido, Haddad também sucumbiu ao populismo penal ao asseverar uma postura austera de “combate implacável” a esses crimes.

Por fim, ainda sobre o candidato Fernando Haddad, é imprescindível atestar que no primeiro turno da disputa presidencial o mesmo obteve 25% dos votos, indo para o segundo turno ao lado de Jair Bolsonaro, que obteve 41% dos votos. Ao concorrer no segundo turno com o candidato que, indiscutivelmente, era o mais conservador e possuía um discurso extremamente populista em matéria penal, Haddad transmutou suas propostas acerca da violência e segurança, tornando-as ainda mais severas. Neste sentido, o novo programa de governo do candidato do PT, apresentado ao TSE no dia 16 de outubro de 2018, era díspar do originalmente apresentado, o que certificou, mais uma vez, a submissão do candidato ao populismo penal e a hodierna racionalidade penal atuarial.

Em seu novo programa, Haddad atestou que “as prisões devem prioritariamente, tirar o criminoso violento de circulação”. A nova política lastreou-se na “responsabilização dos criminosos, aplicando penas proporcionais aos crimes cometidos, combatendo a impunidade”, assim como certificando que “o trabalho do preso será uma exigência, bem como o investimento nos estudos.” (G1, 2018).

O novo programa de Haddad não mais apresentava uma política de alternativas penais, a reforma das polícias e a descriminalização de drogas. Ao contrário, na ânsia de convencer amedrontados indecisos, Haddad passou a propalar o combate austero de roubos e furtos, sendo esses crimes reclamadores de “providências urgentes para assegurar que cidadãos e cidadãos caminhem pelas ruas do país sem medo de serem assaltados.” (BERMÚDEZ, 2018).

Em sabatina engendrada por jornalistas dos jornais “O Globo”, Extra”, “Valor Econômico” e “Época”, no dia 23 de outubro de 2018, Haddad asseverou:

“Se eu for eleito, o corruptor vai ter a pena agravada. Pela minha opinião, ele é o forte da corrupção. Então, o corruptor tem que ser o mais severamente punido e não pode ter os benefícios de redução de 90% da pena, e o que mentiu, então, não só deveria perder o benefício, mas deveria ter um agravante porque prejudicou o funcionamento do Judiciário.” (JORNAL HOJE E G1, 2018).

É nítido, portanto, seu apelo maior ao populismo penal e ao recrudescimento punitivo em sua candidatura nos momentos finais do processo eleitoral, já na disputa do segundo turno. Ao discursar ser contrário aos “benefícios” da pena – que não são benefícios, mas direitos –, bem como propalar o agravamento e severidade da punição, Haddad,

assim como Bolsonaro, apropriou-se do discurso populista da punição como estratégia de campanha.

Contudo, ainda que tenha adotado uma postura punitivista coadunada à nova leitura populista e atuarial do controle penal, Haddad, ainda sim, discursou de forma mais voltada à justiça social, como mecanismo de tutela das minorias sociais e prevenção da violência. Haddad prometeu “enfrentar o encarceramento em massa, sobretudo o da juventude negra e da periferia, diminuindo a pressão sobre o sistema carcerário”, bem como se comprometeu a “consolidar” políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres e ao feminicídio, como a Casa da Mulher Brasileira, que atende mulheres vítimas de violência (ROSSI; MACHADO, 2018).

Dessa forma, Haddad, assim como Ciro, também pode ser incluído em uma esquerda punitiva, uma vez que não mais recorre à racionalidade penal garantista no que versa à de-frontação da violência. Dito de outra forma, seus discursos, principalmente quando sinalizavam para o recrudescimento punitivo pouco se distanciaram das leituras conservadoras da direita política mais autoritária. Neste sentido, Maria Lúcia Karam (1996, p. 91):

“O equivocado discurso sobre a criminalidade, encerrando a entusiasmada crença no sistema penal e as reivindicações repressoras, na linha deste pragmatismo político-eleitoral, sem princípios e sem ideais, favorecedor da ampliação do poder punitivo do Estado, hoje faz de amplos setores da esquerda uma reacionária massa de manobra da ‘direita penal’ e do sistema de dominação vigente, parecendo dar suporte aos que enganadoramente sustentam que a contraposição entre direita e esquerda teria perdido sua razão de ser.”

De todos os discursos analisados, fica evidente que a direita e a esquerda, mesmo com fronteiras delimitadas em alguma medida no que versa ao controle penal *latu sensu*, não estabelecem marcos definitivos, ao contrário, propugnam posicionamentos tênues e efêmeros, tornando a direita e a esquerda mais correlatas do que se prognostica. Como bem assevera Vera Malaguti Batista (2011, p. 101), “não é só a direita que aposta na lei e ordem, não é só o centro que pontua o direito penal mínimo, tampouco a esquerda é abolicionista.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi asseverado ao longo do presente artigo, observa-se que a plataforma político-criminal brasileira dos principais aspirantes à presidência da República, no ano de 2018, foi bastante similar e marcadamente repressiva, mesmo que para tanto fossem necessárias grandes doses de autoritarismo.

As fronteiras que compartimentavam, bem como distinguiam direita e esquerda se diluíram na tentativa de angariar votos da população absolutamente impactada pela

cultura de massa alarmista no que se refere à violência criminal. Os cinco candidatos aqui aludidos, que detinham maior projeção midiática na campanha eleitoral, sucumbiram ao discurso populista criminal, defendendo propostas de austeridade no combate ao crime que em muito se aproximaram da compressão atuarial de segurança pública.

O recrudescimento punitivo, assim como a utilização simbólica dos instrumentos penais, atrela-se, na contemporaneidade, com essa política de gestão de riscos, reconfigurando a compreensão do controle social moderno. Por conseguinte, ainda que essa reconfiguração esteja imiscuída em um arquétipo político-econômico e sociocultural mais abrangente – como a globalização, neoliberalismo e neoconservadorismo, reestruturação do capital-trabalho etc. –, os discursos dos aspirantes desnudaram o quanto se submeteram à reconfiguração populista criminal e sua consequente política criminal violadora de direitos e garantias.

De Jair Bolsonaro a Fernando Haddad, de Geraldo Alckmin a Ciro Gomes e mesmo Marina Silva, o que se assegurou em todos os discursos analisados foi, em maior ou menor grau, a apropriação e utilização de símbolos e signos de severidade e intolerância que reverberaram aos quatro cantos o embrutecimento do sistema criminal como mecanismo de obtenção de popularidade e governança de um País.

Nesse sentido, é imperioso reforçar, uma vez mais, que o ideal criminológico moderno que assegurava que a direita seria punitivista, o centro seria minimalista e a esquerda seria abolicionista, dissolveu-se como um todo. Mais do que isso, a conclusão que aqui se apresenta é a de que a política brasileira deu mais um enorme passo no rumo de um controle penal simbólico, desumano e autoritário. Os discursos eleitorais aqui analisados, marcadamente populistas, sinalizam fortemente a construção de uma política criminal atuarial pouco comprometida com a democracia e as garantias processuais que na modernidade limitavam o poder de punir.

Daqui para frente serão mais comuns os “choques de ordem”, principalmente se considerarmos o resultado eleitoral.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Luís. Ciro promete líderes de facções em prisões federais, mas decisão é judicial. *Bol Eleições 2018*. Edição do dia 03 de setembro de 2018. Disponível em: [https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/eleicoes/2018/09/03/ciro-promete-lideres-de-faccoes-em-prisoas-federais-mas-decisao-e-judicial.htm]. Acesso em: 20.10.2018.
- AGÊNCIA ESTADO. Em busca de eleitor de Bolsonaro, Alckmin promete programa ‘Linha Dura’. *Correio Brasiliense*. Edição do dia 18 de setembro de 2018. Disponível em: [www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/09/18/interna_politica,706680/em-busca-de-eleitor-de-bolsonaro-alckmin-promete-programa-linha-dura.shtml]. Acesso em: 20.10.2018.

- AMORIM, Felipe; MAIA, Gustavo; AMARAL, Luciana. De Armas a Leis: o que os candidatos presidenciais propõem para combater homicídios. *Uol Eleições 2018*. Edição do dia 06 de junho de 2018. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/06/06/medidas-dos-presidenciais-alta-de-homicidios.htm?cmpid=copiaecola]. Acesso em: 29.06.2018.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANTUNES, Leda. Marina Silva promete endurecer controle de armas no país. *Uol Confere*. Edição do dia 17 de setembro de 2018. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/eder-content/2018/09/17/eleicoes-marina-silva-promessa-controle-armas-desarmamento-violencia.htm]. Acesso em: 20.10.2018.
- AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; NOGUEIRA, Conceição. Potencialidades investigativas para a violência de gênero: utilização da análise de discurso. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 5, p. 1721-1730, 2009.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BERMÚDEZ, Ana Clara. Haddad muda propostas na segurança e tira descriminalização de drogas. *Uol Eleições 2018*. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/18/haddad-novo-programa-de-governo-seguranca-publica-policias-drogas.htm]. Acesso em: 20.10.2018.
- BITTENCOURT, Thais P [et. al]. O discurso político de Marina: a Nova Política. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Série O que dizem os candidatos. Edição do dia 10 de setembro de 2018. Disponível em: [https://diplomatique.org.br/o-discurso-politico-de-marina-a-nova-politica/]. Acesso em: 17.10.2018.
- BRUM, Eliane. Bolsonaro e a autoverdade. Como a valorização do ato de dizer, mais do que o conteúdo do que se diz, vai impactar as eleições no Brasil. *El País*. Edição do dia 16 de julho de 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/16/politica/1531751001_113905.html]. Acesso em: 17.10.2018.
- CÂNEDO, Carlos; FONSECA, David S. (orgs.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- CARTA CAPITAL. Ciro Gomes detalha suas propostas para segurança e critica reforma trabalhista. Parte 3. *YouTube*. Publicado em 20 de agosto de 2018. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=qgvkJv9iCmw]. Acesso em: 20.10.2018.
- CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, Pelotas, v. 4, n. 1, 2005.

- CARVALHO, Taciana. Todos os brasileiros estão no mesmo ‘barco’, diz Bolsonaro. *Leia Já Nacional*. Caderno de Política. Edição do dia 09 de outubro de 2018. Disponível em: [www.leiaja.com/politica/2018/10/09/todos-os-brasileiros-estao-no-mesmo-barco-diz-bolsonaro/]. Acesso em: 16.10.2018.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018.
- CLETO, Murilo. Como “Black mirror” ajuda a entender o fenômeno Bolsonaro. *Revista Época*. Edição do dia 13 de outubro de 2018. Disponível em: [https://epoca.globo.com/como-black-mirror-ajuda-entender-fenomeno-bolsonaro-23148634]. Acesso em: 17.10.2018.
- CORREIO. Só o trabalhador e a classe média pagam impostos no Brasil, diz Boulos. *Correio Braziliense*. Política. Edição do dia 02 de julho de 2018. Disponível em: [www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/07/02/interna_politica,692238/so-o-trabalhador-e-a-classe-media-pagam-impostos-no-brasil-diz-boulos.shtml]. Acesso em: 24.10.2018.
- CUBAS, Marina Gama; MARTINS, Miguel. Haddad: ‘Não tem por que mobilizar as Forças Armadas para o Rio’. *Carta Capital*. Edição do dia 30 de julho de 2018. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/politica/haddad-nao-tem-porque-mobilizar-as-forcas-armadas-para-o-rio]. Acesso em: 20.10.2018.
- DESTAK. Segurança: confira as propostas dos candidatos à Presidência 2018. *Eleições 2018*. Edição do dia 30 de agosto de 2018. Disponível em: [www.destakjornal.com.br/brasil/detalhe/seguranca-confira-as-propostas-dos-candidatos-a-presidencia-2018]. Acesso em: 24.10.2018.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 23, n. 2, 2011.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes; SILVESTRE, Giane. Situação carcerária no estado de São Paulo. In: SOUZA, Luís Antônio Francisco de (org.). *Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP*. São Paulo: UNESP; Cultura Acadêmica, 2009.
- ESTADÃO CONTEÚDO. Marina diz que resolver problema da segurança com armamento é ilusão. *Em.Com.BR*. Edição do dia 30 de outubro de 2018. Disponível em: [www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/08/30/interna_politica,984856/marina-diz-que-resolver-problema-da-seguranca-com-armamento-e-ilusao.shtml]. Acesso em: 20.10.2018.
- FEITOSA, Annagesse de Carvalho [et. al]. O discurso político de Alckmin: Fazer o Brasil crescer. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Série O que dizem os candidatos. Edição do dia 13 de setembro de 2018. Disponível em: [https://diplomatique.org.br/o-discurso-politico-de-alckmin-fazer-o-brasil-crescer/]. Acesso em: 17.10.2018.

- FERNANDES, Talita. Bolsonaro diz que cabe à justiça acabar com a diferença salarial entre homens e mulheres. *Folha de São Paulo*. Edição do dia 28 de agosto de 2018. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/bolsonaro-diz-que-cabe-a-justica-diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres.shtml]. Acesso em: 16.10.2018.
- FISCHER, Rosa Maria Bueno. Foucault e análise do discurso em educação. *CADERNOS de Pesquisa*, São Paulo, n. 114, 2001.
- FLECK, Isabel. Não sou dessa esquerdinha boboca que alisa bandido, diz Ciro em sabatina. *Folha de São Paulo*. Edição do dia 3 de setembro de 2018. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/nao-sou-dessa-esquerdinha-boboca-que-alisa-bandido-diz-ciro-em-sabatina.shtml]. Acesso em: 20.10.2018.
- FOTUNA, Deborah. Bolsonaro defende medidas ‘radicais’ na área de segurança pública. *Em.Com.BR*. Política. Edição do dia 06 de junho de 2018. Disponível em: [www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/06/06/interna_politica,965013/bolsonaro-defende-medidas-radica-is-na-area-de-seguranca-publica.shtml]. Acesso em: 17.10.2018.
- GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. *CSOnline*, Juiz de Fora, ano 5, n. 12, 2011.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GRAHAM, Stephen. *Cidades sitiadas: o novo urbanismo militar*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- JORNAL HOJE E G1. Haddad apresenta propostas para segurança pública em sabatina no Rio. *Eleições 2018 no Rio de Janeiro*. Edição do dia 23 de outubro de 2018. Disponível em: [https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/eleicoes/2018/noticia/2018/10/23/haddad-apresenta-propostas-para-seguranca-publica-em-sabatina-no-rio.ghtml]. Acesso em: 20.10.2018.
- JORNAL NACIONAL. *Geraldo Alckmin (PSDB) é entrevistado no Jornal Nacional*. Edição do dia 29 de agosto de 2018. Disponível em: [https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/29/geraldo-alckmin-psdb-e-entrevistado-no-jornal-nacional.ghtml]. Acesso em: 20.10.2018.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, 1996.
- KAWAGUTI, Luis. Ciro defende “infiltração e espionagem” para combater crime no Rio. *Uol Eleições 2018*. Edição do dia 24 de setembro de 2018. Disponível em: [https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/09/24/ciro-defende-infiltracao-e-espionagem-para-combater-crime-no-rio.htm]. Acesso em: 20.10.2018.
- LIMA, Renato Sérgio de. Por que os evangélicos conservadores votam em Jair Bolsonaro? *Folha de São Paulo*. Fases da Violência. Edição do dia 16 de

- outubro de 2018. Disponível em: [<https://facesdaviolencia.blogfolha.uol.com.br/2018/10/16/por-que-os-evangelicos-conservadores-votam-em-jair-bolsonaro/>]. Acesso em: 16.10.2018.
- LULA. No governo Haddad, segurança cidadã será linha mestra de plano nacional de redução de homicídios. *Notícias*. Edição do dia 27 de setembro de 2018. Disponível em: [<https://lula.com.br/no-governo-haddad-seguranca-cidada-sera-linha-mestra-de-plano-nacional-de-reducao-de-homicidios/>]. Acesso em: 20.10.2018.
- MATOSO, Filipe; GARCIA, Gustavo; SALOMÃO, Lucas. Oito presidenciáveis discutem propostas de governo no segundo debate da campanha eleitoral de 2018. *G1. Eleições 2018*. Edição do dia 18 de agosto de 2018. Disponível em: [<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/18/oito-presidenciaveis-discutem-propostas-de-governo-no-segundo-debate-da-campanha-eleitoral-de-2018.ghml>]. Acesso em: 22.10.2018.
- MENDES, Messias. O que propõe Bolsonaro e o que propõe Ciro para combater a violência. *Messias Mendes*. Edição do dia 6 de junho de 2018. Disponível em: [<http://blogs.odiario.com/messiasmendes/2018/06/06/o-que-propoe-bolsonaro-e-o-que-propoe-ciro-para-combater-violencia/>]. Acesso em: 20.10.2018.
- PASTANA, Debora Regina. *Política e Punição na América Latina: uma análise comparativa acerca da consolidação do Estado Punitivo no Brasil e na Argentina*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- PDT. Ciro defende a criação de Sistema Nacional de Segurança Pública em parceria com estados e municípios. *Bloco Editorias*. Edição do dia 07 de junho de 2018. Disponível em: [www.pdt.org.br/index.php/ciro-defende-criacao-de-sistema-nacional-de-seguranca-publica-em-parceria-com-estados-e-municipios/]. Acesso em: 20.10.2018.
- PINTO, Celi Regina Jardim. Elementos para uma análise de discurso político. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 24, 2006.
- PORTAL G1. Bolsonaro defende redução da maioria penal e fim das ‘saidinhas’ nas prisões. *Jornal Nacional*. Edição do dia 15 de outubro de 2018. Disponível em: [<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/15/bolsonaro-defende-reducao-da-maioridade-penal-e-fim-das-saidinhas-nas-prisoas.ghml>]. Acesso em: 16.10.2018.
- PORTAL G1. Saiba mais sobre as propostas para o sistema prisional feitas por Bolsonaro e Haddad. *Eleições 2018*. Edição do dia 15 de outubro de 2018. Disponível em: [<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/15/saiba-mais-sobre-as-propostas-para-o-sistema-prisional-feitas-por-bolsonaro-e-haddad.ghml>]. Acesso em: 20.10.2018.
- RAMIL, Tatiana. Mourão diz que é preciso relevar fala de Bolsonaro sobre fraude e defende nova Constituição. *Agência Reuters Brasil*. Edição do dia 17 de setembro de 2018. Disponível em: [<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN1LX2II-OB RTP>]. Acesso em: 16.10.2018.

- ROCHA, Daniel. “Quadro nacional de feminicídio é inaceitável”, critica Marina Silva, prometendo mais proteção. *Tribuna do Ceará*. Notícias. Edição do dia 21 de agosto de 2018. Disponível em: [<http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/eleicoes-2018/quadro-nacional-de-feminicidio-e-inaceitavel-critica-marina-silva-prometendo-mais-protecao/>]. Acesso em: 22.10.2018.
- RÔMANY, Ítalo. Ciro promete federalizar crimes de narcotráfico e de formação de facções. *Uol Confere*. Edição do dia 14 de setembro de 2018. Disponível em: [<https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/eder-content/2018/09/14/ciro-promessa-crimes-trafico-drogas-faccoes-pcc.htm>]. Acesso em: 20.10.2018.
- ROSSI, Amanda; MACHADO, Leandro. Eleições 2018: As propostas de Bolsonaro e Haddad para a segurança. *BBC News Brasil*. Edição do dia 17 de outubro de 2018. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-45884900]. Acesso em: 20.10.2018.
- SASSE, Clara. Equipar polícias e patrulhar fronteiras: soluções dos presidencialistas para segurança. *Agência do Rádio Mais*. Edição do dia 04 de outubro de 2018. Disponível em: [www.agenciadoradio.com.br/noticiaView.zhtml?codigoNoticia=MRAN180199]. Acesso em: 20.10.2018.
- SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2011.
- SIMON, Jonathan; SILVESTRE, Giane. Governando através do crime. In: CARLEN, Pat e FRANÇA, Leandro Ayres (orgs.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- VARGAS, Alex L. B. [et. al.]. O discurso político de Bolsonaro: Cidadãos de bem, segurança e moral. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Série “O que dizem os candidatos”. Edição do dia 10 de setembro de 2018. Disponível em: [<https://diplomatique.org.br/o-discurso-politico-de-bolsonaro-cidadaos-de-bem-seguranca-e-moral/>]. Acesso em: 17.10.2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBBCrim* 91/201-226 (DTR\2011\2339).

MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS NO BRASIL À LUZ DA CRIMINOLOGIA E DO DIREITO COMPARADO

ELECTRONIC MONITORING OF OFFENDERS IN BRAZIL FROM THE PERSPECTIVES OF CRIMINOLOGY AND COMPARATIVE LAW

ELLEN RODRIGUES

Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em Direito Penal (UERJ). Mestre em Ciências Sociais (UFJF). Advogada. ORCID (<https://orcid.org/0000-0001-6952-7765>)

EDUARDO KHOURY ALVES

Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado. ORCID (<https://orcid.org/0000-0001-9878-5034>). eduardo.khoury@direito.ufjf.br

OTÁVIO LACERDA DE PAULA SILVA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. ORCID (<https://orcid.org/0000-0001-7455-2033>). otaviopsilva@gmail.com

MARCELLA CAPAZ RODRIGUES PÁDUA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. ORCID (<https://orcid.org/0000-0002-6556-6027>). m_capaz@hotmail.com

Recebido em: 05.09.2019

Aprovado em: 11.02.2020

Última versão do(a) autor(a): 20.02.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo propõe reflexões acerca dos programas de monitoramento eletrônico de pessoas por meio de tornozeleiras eletrônicas no Brasil à luz da Criminologia e do Direito

ABSTRACT: This paper proposes reflections on the use of electronic monitoring of offenders in Brazil from the perspectives of Criminology and Comparative Law, through the light shed by

Comparado, tendo por fio condutor as pesquisas realizadas pelo Professor Emérito Frieder Dünkel e seus colaboradores da Universidade de Greifswald, na Alemanha. O objetivo do trabalho é analisar criticamente os aspectos político-criminais que subjazem os programas de monitoração eletrônica na atualidade, refletindo sobre como a implantação e/ou ampliação de seu uso no Brasil pode impactar os direitos e a vida social de seus destinatários. O presente estudo parte da hipótese de que a ampliação do uso dos programas de monitoração eletrônica pode produzir efeitos político-criminais negativos, bem como funcionar como mais um dispositivo de ampliação do poder punitivo, o que não parece ser promissor em democracias comprometidas com os princípios reitores do Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento eletrônico – Tornozeleira eletrônica – Criminologia – Direito Comparado – Política criminal.

research conducted by Professor Emeritus Frieder Dünkel and his collaborators from Greifswald University, in Germany. The purpose of this paper is to critically analyze the political and criminal aspects that underlie the use of electronic monitoring of offenders nowadays, discussing on how the implementation or widening of the use of such tools might affect the rights or social lives of its target populations. This research assumes that the widening of the use of tools for the electronic monitoring of offenders might pose negative criminal-political effects, as well as function as an additional device for the widening of state punitive power, which does not seem hopeful in democracies compromised to the rector principles of the rule of law.

KEYWORDS: Electronic monitoring – Criminology – Comparative law – Criminal policy – Social impact.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que são e como funcionam os programas de monitoramento eletrônico de pessoas? 3. Reflexões sobre o uso da monitoração eletrônica de pessoas no contexto europeu. 4. Monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil: possibilidades e desafios. 5. Leis e diretrizes estaduais sobre o monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil. 5.1. Região Sudeste. 5.2. Região Sul. 5.3. Região Nordeste. 5.4. Região Norte. 5.5. Região Centro-Oeste. 6. Custos do monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil. 6.1. O Projeto de Lei 310/2016 e o pagamento dos custos do monitoramento eletrônico pelo usuário. 7. Estudos de caso: o monitoramento eletrônico na prática. 7.1. Paraíba. 7.2. Rio Grande do Sul. 8. O monitoramento eletrônico como dispositivo de expansão do poder punitivo: análise criminológico-crítica. 9. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe refletir sobre os programas de monitoramento eletrônico (doravante ME) de pessoas por meio de tornozeleiras eletrônicas no Brasil à luz da Criminologia e do Direito Comparado, trabalho que foi possível graças às contribuições

científicas disponibilizadas pelo Professor Emérito Frieder Dünkel¹ e pela equipe de pesquisadores coordenada pelo mesmo na Faculdade de Direito da Universidade de Greifswald, localizada no estado de Mecklenburg-Vorpommern, na Alemanha. Frieder Dünkel, que em 2020 completa 70 anos, iniciou seus estudos em Direito na Universidade de Heidelberg. De lá, seguiu em busca de aprimoramento acadêmico, passando pela Universidade de Freiburg e pelo Instituto Max-Planck. Ao longo de sua carreira acadêmica, o professor, além de se aprofundar nos estudos teóricos, procurou se aproximar empiricamente do sistema de justiça criminal alemão, principalmente no âmbito juvenil, área em que se tornou referência, sobretudo na década de 1990, no contexto da reforma do sistema de justiça juvenil daquele país. No início dos anos 1990, depois de marcar presença na Universidade de Münster-Westfalen, assumiu a cadeira de Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Greifswald, pertencente à Alemanha Oriental, até a unificação ocorrida no mesmo ano. Nessa universidade, ministrou diversas disciplinas e coordenou relevantes pesquisas, tendo se tornado professor emérito no ano de 2015.

Certamente, muito mais poderia ser dito sobre a vida e a obra de Frieder Dünkel e não temos a pretensão de cumprir tal desiderato. Por outro lado, cabe ressaltar que nós, brasileiros, temos a característica de fazer também uma apreciação sobre a pessoa dos autores. Como ressaltou o Prof. Dr. Juarez Tavares, na apresentação da obra feita em homenagem aos 70 anos do Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos: depois que lemos “as informações de Muñoz Conde sobre Mezger” e “de Dirk Fabricius sobre o comportamento dos intelectuais nas universidades alemãs, e de muitos outros países que foram palcos de regimes autoritários”, entre eles o Brasil, estamos “cada vez mais convencidos de que a obra não pode estar divorciada da conduta social e política de seus autores”². Nesse sentido, é justo enaltecer, nesta oportunidade, não somente a produção acadêmica, mas também a pessoa de Frieder Dünkel, que é coerente com o viés humanista presente em seus trabalhos.

O presente artigo é fruto de um projeto de pesquisa desenvolvido no âmbito do Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Universidade Federal de Juiz de Fora, no período de julho de 2017 a dezembro de 2018, tendo por objetivo analisar criticamente a implantação e/ou ampliação dos programas de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil. Nesse sentido, a pesquisa buscou apontar as características do modelo que vem sendo adotado no Brasil, seus aspectos técnicos, custos, arcabouço normativo, perspectivas, possibilidades e críticas quanto à sua utilização entre nós.

Os principais resultados dessa pesquisa estão consignados neste estudo, em que se procurou inicialmente, apresentar em que consistem os referidos programas, como

1. Mais informações em: [<https://rsf.uni-greifswald.de/lehrstuehle/ehemalige-lehrstuehle/emeritierte-professoren/lehrstuhl-duenkel/prof-dr-frieder-duenkel/>]. Acesso em: 20.12.2018.

2. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio 2012; p. 23.

foram desenvolvidos e como são operados. Em seguida, são analisados aspectos importantes sobre a monitoração eletrônica no contexto europeu, de modo a analisar como o uso do monitoramento se insere nas perspectivas político-criminais dos países pesquisados. A par dessas reflexões, são apontadas as possibilidades e os desafios para a implantação e/ou ampliação dos programas de monitoração de pessoas no Brasil, tendo em vista a realidade atual do nosso sistema de justiça criminal e o caos carcerário que, em 2015, fez com que o STF reconhecesse o estado de coisas inconstitucional³ do sistema prisional pátrio, no âmbito da ADPF 347⁴.

Do ponto de vista metodológico, o estudo privilegia a pesquisa bibliográfica, realizando análises qualitativas e quantitativas a partir de contribuições de autores internacionais, como Dünkel, Thiele e Treig⁵, entre outros, que nos possibilitarão maior contato com a realidade sobre o uso da monitoração eletrônica em outros países. Também serão contemplados os trabalhos de pesquisadores latino-americanos reconhecidos como representantes do pensamento criminológico crítico entre nós, como Batista⁶, Zaffaroni⁷, Passetti⁸, Karam⁹, Menegat¹⁰, Zackseski e Maciel¹¹, entre outros. Ademais, para as análises quantitativas, serão também utilizados dados oficiais disponíveis nos levantamentos

3. O primeiro registro de utilização da expressão “estado de coisas inconstitucional”, chamado ECI, foi junto à Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, na “*sentencia de unificación n. 559*”. O caso em questão teve origem na denúncia de 45 professores nos municípios de Maria La Baja e Zambrano, que sofreram atentados de autoridades locais aos seus direitos previdenciários. Sentença na íntegra disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm]. Acesso: 24.08.2018. Depois disso, o termo foi se popularizando a partir de então, aparecendo em julgamentos paradigma. O estado de coisas inconstitucional é uma situação de ordem conjuntural ou estrutural em que há graves, permanentes e massivas violações de direitos fundamentais, decorrentes, tais violações, de comportamentos omissivos ou comissivos do Estado, resultando em insuportável violação da dignidade da pessoa humana (COSTA & COSTA, 2017).
4. A discussão acerca da legalidade dos estabelecimentos carcerários no Brasil antecede a ADPF 347/DF, transpondo o âmbito nacional. Partindo da análise do caso do complexo penitenciário de Pedrinhas – MA, que deixou latente as consequências da superlotação dos presídios, da falta de condições básicas e da falta de segurança nestes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu resolução (2014) com algumas medidas provisórias a serem tomadas pelo Brasil. O estabelecimento da dita resolução foi seguido de diversas ações declaratórias de inconstitucionalidade e culminou no ajuizamento da mencionada ADPF.
5. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith 2017a; 2017b.
6. BATISTA, Vera Malaguti, 2012.
7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl 2015.
8. PASSETTI, Edson, 2011, 2005.
9. KARAM, Maria Lúcia, 2007.
10. MENEGAT, Marildo, 2012a, 2012b.
11. ZACKSESKI Cristina; MACIEL, Welliton Caixeta, 2015.

realizados pelo DEPEN¹² e INFOPEN¹³, ambos subordinados ao Ministério da Justiça pátrio, bem como as informações disponíveis nos sítios virtuais dos estados federados acerca das leis estaduais pertinentes ao tema.

Finalmente, releva notar que o presente estudo parte da hipótese de que a ampliação do uso dos programas de monitoração eletrônica pode impactar negativamente os direitos e a vida social de seus destinatários, bem como funcionar como mais um dispositivo de ampliação do poder punitivo, o que não parece ser promissor em democracias comprometidas com os princípios reitores do Estado de Direito. As análises e reflexões aqui consignadas buscam, portanto, oferecer possíveis respostas à hipótese em questão, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar esse vasto e complexo tema, mas sim de oferecer contribuições que possam servir de informação e incentivo para novas pesquisas e discussões a respeito.

2. O QUE SÃO E COMO FUNCIONAM OS PROGRAMAS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS?

Nos últimos decênios, as tecnologias de informação têm impactado fortemente as instituições, alcançando também o sistema de justiça criminal e os mecanismos de segurança pública. Diante disso, os modelos político-criminais da atualidade enfrentam o desafio de lidar com inovações, que, se por um lado, se apresentam como possíveis soluções para velhos problemas, por outro, podem trazer impactos negativos e controles excessivos às liberdades individuais duramente conquistadas ao longo da modernidade. Inserido nesse contexto, o ME de pessoas aparece como um instrumento inovador e vem contando, sobretudo desde a primeira década do século XXI, com expressivo uso em diversas de regiões do globo, com destaque para Estados Unidos, Europa e, mais recentemente, América Latina.

No Brasil, apesar de não ter adquirido centralidade nos debates político-criminais, o ME de pessoas vem ganhando cada vez mais espaço. Atento a essa realidade, o presente estudo analisa, à luz do estudo criminológico comparado, implicações político-criminais acerca do ME de pessoas. Dessa forma, objetiva-se refletir criticamente sobre quais os aspectos subjazem os programas de monitoração eletrônica na atualidade e como a potencial implantação e/ou ampliação de seu uso Brasil pode impactar os diversos aspectos da vida social de seus destinatários e da sociedade como um todo.

O início do desenvolvimento da tecnologia eletrônica de acompanhamento de pessoas vigiadas deu-se ao longo da década de 1960, quando o psicólogo e professor da Universidade de Harvard, Robert Schwitzgebel, criou um modelo rudimentar de tornozeleira

12. DEPEN, 2015; 2018.

13. INFOPEN, 2017.

eletrônica, voltado para controlar “jovens delinquentes” e “doentes mentais”¹⁴. Inspirado nesse modelo, em 1977, o juiz Jack Love, do Novo México, solicitou ao engenheiro Michael Goss a criação de uma tornozeleira mais apropriada para o fim de vigilância¹⁵. Entre os estadunidenses, nas décadas seguintes, os estados de Washington, Virginia, Flórida etc., passaram a adotar a tecnologia, sendo o tema inserido nos debates acerca dos riscos do aumento exponencial da população carcerária naquele país¹⁶.

Comumente, é possível falar em dois momentos no desenvolvimento das tecnologias de ME. Inicialmente, foram criadas tecnologias capazes de monitorar a presença do indivíduo de forma estática, cuja medição é feita a partir de zonas de inclusão ou de exclusão, que se afiguram como locais em que o monitorado deve estar ou não deve se aproximar, conforme determinação judicial. Conforme destacam Dünkel, Thiele e Treig¹⁷, esse tipo de tecnologia é incapaz de apontar a localização do indivíduo em tempo real, se limitando a, em conjunto com o outro terminal geralmente instalado na casa do monitorado, verificar sua presença no local de monitoramento em um momento determinado, alertando à central de monitoramento sobre quaisquer ausências. Essa forma de monitoramento é realizada, sobretudo, por meio da tecnologia de radiofrequência e implica a instalação de um terminal no local alvo do monitoramento e outro junto ao corpo do monitorado.

Posteriormente à criação dos sistemas de monitoração por radiofrequência, graças à popularização da tecnologia de monitoração, inclusive em relação a aparelhos utilizados no âmbito doméstico, implementou-se o desenvolvimento de formas dinâmicas de monitoração de pessoas, que viabilizam uma espécie de rastreamento. Esse rastreamento dinâmico possibilita a identificação e o registro do indivíduo em tempo real, sem a necessidade de instalação de terminais adicionais. Tal tecnologia é operada, na maior parte dos casos, por meio de GPS, sendo comumente combinada com outras tecnologias de localização¹⁸. A maior eficiência desse modelo decorre do fato de que o indivíduo pode, potencialmente, ser monitorado a todo o tempo, tendo sua localização exata apontada. Ademais, o sistema é capaz de registrar os “caminhos” (*trails*) percorridos pela pessoa monitorada, ou seja, ainda que não haja observação contínua dos dados na maioria dos casos (monitoramento ativo), a análise posterior é possível e frequentemente utilizada (monitoramento passivo).

Não obstante, de acordo com Dünkel, Thiele e Treig¹⁹, essa eficiência em termos tecnológicos não representa, necessariamente, um avanço no âmbito humano e social, já que pode ter aplicações diversas. Por exemplo, na Holanda, onde o acompanhamento pelo serviço de reintegração do apenado é constante e individualizado, esses dados

14. MARIATH, Carlos Roberto; SANTA RITA, Rosângela Peixoto, 2008.

15. DEPEN 2015, p. 22; DANCKWARDT, Ceres; GONÇALVES, Vanessa Chiari, 2017, p. 138.

16. CORREA JÚNIOR, Alceu, 2012, p. 35.

17. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b.

18. DEPEN, 2015.

19. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b.

costumam servir como aberturas ao diálogo entre agente social e monitorado. Por outro lado, no mesmo país, bem como na Inglaterra e no País de Gales, há situações em que esses dados podem ser utilizados, por parte da polícia, para a elucidação de investigações criminais²⁰. Já na Alemanha, os dados de geolocalização são processados por um órgão designado especificamente para tal finalidade, sendo utilizados em caso de emergência. Além disso, os mesmos dados são deletados depois do fim da medida²¹.

Dito isso, cumpre destacar que cada uma das tecnologias de monitoramento, seja a de radiofrequência ou a de GPS, apresenta vantagens e desvantagens, bem como possibilidades distintas de aplicação. De modo geral, o modelo de GPS é tido como mais avançado tecnologicamente, em contrapartida, é mais oneroso²², o que implica maiores investimentos para sua utilização. No Brasil, apenas o ME por meio de GPS é utilizado, enquanto nos países europeus a predominância é do monitoramento por radiofrequência.

No que se refere às formas de utilização dos programas de ME, na maioria dos países que os adotam, têm eles as seguintes aplicações: i) substituição de prisões cautelares e/ou provisórias; ii) substituição de penas privativas de liberdade, sobretudo em casos de penas curtas, evitando-se, assim, o recolhimento do condenado ao cárcere e o contato do indivíduo com a subcultura das prisões; iii) mecanismo acessório de controle sobre prisões domiciliares; iv) mecanismo acessório de controle sobre pessoas que cumpriram parte da pena privativa de liberdade e foram postas em liberdade vigiada e/ou livramento condicional; v) medida de restrição de locomoção, que visa garantir a permanência ou a distância do indivíduo em determinado local, normalmente para a proteção das vítimas, sendo comum em casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres e outros programas de proteção a vítimas.

Para a aplicação dessas diferentes formas de monitoração, leva-se em conta o momento e as circunstâncias em que são utilizadas, podendo ser compreendidas como medidas de *front door* ou de *backdoor*. No primeiro caso, o monitoramento substitui a prisão preventiva (antes da condenação) e/ou prisão decorrente de condenação em pena privativa de liberdade, sendo, portanto, uma alternativa ao encarceramento. Já no segundo caso, o monitoramento implica a possibilidade de redução do tempo de permanência do indivíduo no cárcere, ou seja, depois de cumprir determinado tempo de pena privativa de liberdade, o condenado será colocado em liberdade vigiada e submetido ao monitoramento durante o período restante.

Na análise político-criminal dos programas de ME de pessoas, além das hipóteses de utilização, outro aspecto importante a ser observado é o público-alvo e as implicações em relação a outros direitos e benefícios já consagrados na lei penal, a fim de verificar se as

20. Idem, p. 216, 255 e ss.

21. Idem.

22. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b, p. 24.

finalidades são desencarceradoras ou meramente acessórias ao sistema penal, o que significa, neste último caso, uma espécie de expansão do poder punitivo.

A importância de se analisar cuidadosamente esses aspectos se deve ao fato de que, como observam Dünkel, Thiele e Treig²³ e Nellis²⁴, ao longo do tempo, o ME tem produzido novas modalidades de experiência penal para milhares de pessoas, o que demanda atenção penológica. Não se pode perder de vista que a monitoração eletrônica de pessoas é uma ferramenta penológica e, como tal, é extremamente restritiva aos direitos fundamentais, além de ter o potencial de causar profundas modificações nas formas de controle social. Como apontam os autores, já existem diversos estudos que demonstram não ser o ME inócuo para o indivíduo a ele submetido, tampouco para os seus conviventes ou para comunidade na qual ele está inserido. Por outro lado, são poucas as pesquisas que apontam a efetividade dos fins a que se propõem os programas de monitoração, sobretudo o desencarceramento, e ainda mais raros os estudos que observaram benefícios na aplicação da ferramenta.

Outra consideração importante é o contexto em que o ME é empregado, levando em conta as hipóteses fixadas para sua aplicação e o seu público-alvo, pois são esses os mais importantes indicadores na definição da utilização do ME como medida desencarceradora ou como um mecanismo acessório do sistema penal, tendente a promover o chamado efeito *net-widening*. Entrementes, nos estudos sobre a implementação da monitoração eletrônica em um determinado país, é importante investigar esses aspectos de forma a obter subsídios de análise.

Nesse sentido, se observado, por exemplo, o caso brasileiro, onde a lei que disciplina a matéria contou com vários vetos em razão de incompatibilidades, vê-se que, apesar de ser notório que as hipóteses em que o ME seria aplicado com maior restrição aos direitos fundamentais foram vetadas – o que, de certa forma, pode ser visto como algo positivo – o teor da legislação proposta inicialmente já denunciava o escopo pelo qual a tecnologia foi idealizada para o país, e que o interesse precípua não foi a edificação de medidas desencarceradoras.

Em circunstâncias como essa verificada no Brasil, pode-se falar na implementação do ME por outras razões que não as declaradas. Daí a importância de se refletir sobre as alegadas razões para o uso do ME, bem como estabelecer eventual juízo de proporcionalidade acerca do mesmo, que, conforme observado por Dünkel, Thiele e Treig²⁵ e Nellis²⁶ demanda ampla atenção penológica.

Segundo esses autores, o ME de pessoas é uma ferramenta penológica extremamente restritiva aos direitos fundamentais, tendo o potencial de causar profundas modificações nas formas de controle social. Atualmente, já são relativamente abundantes os estudos que demonstram não ser o ME inócuo para o indivíduo a ele submetido, tampouco para

23. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017b, p. 65.

24. NELLIS, Mike, 2014.

25. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017, p. 65.

26. NELLIS, Mike, 2014.

os seus conviventes ou sua comunidade. Por outro lado, são poucos os estudos que se dedicam a analisar sua efetividade de quaisquer dos fins a que o ME se propõe, sobretudo o de desencarceramento, e ainda mais raros são aqueles que indiquem quais os benefícios verificados com a aplicação da ferramenta. Por outro lado, o que os estudos apontam como certo é que a medida é onerosa para o Poder Público, restritiva aos direitos fundamentais, não havendo, até o momento, qualquer demonstração de sua efetividade (seja com relação à redução das populações carcerárias, prevenção à reincidência, redução de custos, etc.).

De modo geral, estudiosos do tema ponderam que os estudos empíricos sobre o ME vêm apontando que se trata de uma medida onerosa para o Poder Público, restritiva aos direitos fundamentais e, até o momento, sem demonstração de sua efetividade (seja com relação à redução das populações carcerárias, seja no que se refere à prevenção, à reincidência). Sendo assim, antes de cogitar a possibilidade de implantação e/ou expansão dos programas de ME do Brasil, convém conhecer um pouco mais sobre a experiência de seu uso na Europa onde as experiências são mais antigas.

3. REFLEXÕES SOBRE O USO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PESSOAS NO CONTEXTO EUROPEU

O ME de pessoas na Europa apresenta grandes variações na forma, intensidade e meios de aplicação, tendo sido sua utilização registrada, no ano de 2017, no âmbito dos seguintes países: Islândia, Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte, Escócia, Suécia, Noruega, Finlândia, Dinamarca, Estônia, Lituânia, Alemanha, Áustria, Bélgica, Suíça, Holanda, Luxemburgo, França, Portugal, Espanha, Itália, Grécia, Polônia, República Tcheca, Geórgia, Romênia, Andorra, Croácia e Chipre. Já em países como Armênia, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Irlanda, Letônia, Malta, Moldova, Mônaco, San Marino, Eslovênia e Turquia a tecnologia ainda não é utilizada²⁷.

As primeiras experiências com monitoração eletrônica de pessoas no continente europeu ocorreram na Inglaterra, em 1989. No ano de 1994, a Suécia começou a utilizar a ferramenta e, em 1997, a França²⁸. De acordo com os estudiosos do tema, os principais objetivos da introdução do ME na Europa se relacionaram ao interesse pela redução das populações carcerárias, pela otimização de custos com o sistema prisional e com o desejo de tornar algumas formas de cumprimento de pena que não envolvessem a privação e/ou restrição (física) da liberdade mais controláveis e, aparentemente, mais confiáveis aos olhos da população.

27. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b; NELLIS, Mike, 2014.

28. NELLIS, 2014.

Por outro lado, seria possível falar que o *timing* da introdução e expansão dessa tecnologia na Europa guarda também relações com mudanças culturais pelas quais vêm passando a sociedade nos últimos anos, sob a influência do empreendimento neoliberal. Sob o signo do medo do crime e da insegurança social, aliados à naturalização da utilização da tecnologia para a chamada *publicização da vida*, verifica-se uma aceitação, ou mesmo clamor, pela utilização de modos de vigilância que outrora seriam reputados como invasivos²⁹.

Ademais, o rigoroso estudo comparativo realizado por pesquisadores da Alemanha, Inglaterra e País de Gales, Bélgica, Holanda e Escócia³⁰ destaca o fato de que o monitoramento tem um apelo universal, uma vez que se encaixa ou pode se encaixar em uma miríade de propósitos. Nesse sentido, deve ser afastada a ideia de que a monitoração eletrônica de pessoas (assim como qualquer ferramenta tecnológica) apresenta-se como neutra, o que implica levar em consideração que a realidade de seu uso relaciona-se, sobretudo, à relação entre a política criminal, a cultura penal e as limitações organizacionais em relação ao encarceramento e ao controle de presos. Em outras palavras: a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas é uma ferramenta que não possui uma forma de utilização intrínseca, mas que será determinada precisamente pelas decisões tomadas pelos elaboradores de políticas públicas e responsáveis pela aplicação e acompanhamento das mesmas³¹.

Nesse sentido, é interessante observar como a implantação e/ou utilização dos programas de monitoramento impactaram os índices prisionais europeus. Conforme aponta Dünkkel³², as taxas de encarceramento por 100.000 habitantes variam muito entre os países, sendo os indicadores mais baixos os da Dinamarca (58/100 mil), Finlândia (55/100 mil), Suécia (53/100 mil), Holanda (53/100 mil), Noruega (74/100 mil), Alemanha (78/100 mil), e os mais altos na Rússia (443/100 mil), Bielorrússia (306/100 mil), Geórgia (263/100 mil) e Lituânia (239/100 mil). Entre os países da Europa ocidental, destacam-se pelos altos índices de encarceramento Reino Unido e País de Gales (146/100 mil), bem como Escócia (138/100 mil) e Portugal (135/100 mil).



Figura 1. População prisional europeia em 2016/7. Números por 100 mil habitantes (DÜNKEL, 2017).

29. Idem.

30. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b.

31. BEYENS, Kristel, 2017.

32. DÜNKEL, Frieder, 2017a; 2017b.

Nos últimos anos, foi possível verificar que os países que se destacaram nos decênios anteriores com maiores taxas de encarceramento, notadamente os do leste europeu (ex-União Soviética), têm apresentado expressivas reduções nos índices carcerários: Rússia (-39% desde 1999), Ucrânia (-62% desde 2000), Estônia (-37% desde 2002) e Letônia (-36% desde 2001). Além desses, Alemanha (-20% desde 2004) e Holanda (-59% desde 2006) também apresentaram reduções expressivas em suas populações carcerárias. Registre-se que nenhum desses países faz uso expressivo do ME, à exceção da Holanda onde a análise dos dados existentes não sugere que o uso da tecnologia tenha contribuído diretamente para essa redução³³.

Por outro lado, verifica-se, desde 2016, o aumento dos índices de encarceramento em países como Hungria (132%), França (117%), Inglaterra/País de Gales (113%), Bélgica (111%), entre outros. O curioso é que justamente nos países em que se verificou o incremento carcerário foi também identificada a maior utilização do ME. Em outras palavras: ao contrário de uma ferramenta desencarceradora, o ME parece funcionar nesses países como um *suplemento* ao cárcere e não um substitutivo³⁴. Conforme observam Beyens e Roosen³⁵, em países onde não há redução da população carcerária com a introdução do ME, deve-se falar em aumento do número absoluto de apenados (que corresponde à soma dos encarcerados e dos monitorados).

Nesse sentido, alertam os criminólogos europeus que, apesar de as estratégias de monitoramento, sobretudo as correspondentes às medidas de *front-door system*, apresentarem potencialidades quanto à minimização dos efeitos negativos do cárcere e, com isso, sinalizarem possíveis ganhos sociais e econômicos, é preciso ficar atento à possibilidade de que o expansionismo penal seja mascarado mediante o uso do ME.

4. MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS NO BRASIL: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em julho de 2019, o Brasil contava com uma população prisional de 812.564 mil pessoas, o que corresponde a aproximadamente 395 presos para cada 100 mil habitantes. Nesse total, estão incluídos presos dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Os dados mostram que, do total da população carcerária, 41,5% são presos provisórios, ou seja, pessoas que sequer contaram com julgamento e ainda não foram condenadas. O banco de monitoramento

33. DÜNKEL, Frieder, 2017a; 2017b.

34. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b

35. BEYENS, Kristel; ROOSEN, Marijke, 2017.

do CNJ exclui presos submetidos ao sistema de monitoração eletrônica e os que estão em regime aberto domiciliar³⁶.

Considerando os últimos levantamentos feitos pelo Ministério da Justiça, os dados do CNJ indicam um crescimento populacional de 8,3% ao ano. Se considerarmos esse ritmo de crescimento, o já reconhecido encarceramento em massa levado a efeito no Brasil desde os anos 1990 nos levará à marca de 1,5 milhão de presos em 2025.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2016, a população prisional brasileira chegou à marca de 726,7 mil pessoas, o que colocou o país no lamentável patamar de terceiro maior sistema carcerário do mundo. Tal avanço punitivo se faz sentir nos índices de encarceramento das últimas décadas: entre janeiro de 1992 e junho de 2013, enquanto a população cresceu 36%, o número de pessoas presas aumentou 403,5%; no ano 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes, já em 2016, essa taxa chegou a 352,6 pessoas para cada 100 mil³⁷. Conforme os dados desse levantamento, 94% das pessoas presas eram do sexo masculino, 64% negras ou pardas e 55% tinham entre 18 e 29 anos.

Índices de encarceramento no Brasil (1990 a 2016)



Fonte: Ministério de Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

Confirmando a seletividade característica do sistema de justiça criminal pátrio na análise feita em 2016 sobre a distribuição da população carcerária brasileira por raça, verificou-se que, de cada três presos, dois eram negros. Enquanto a porcentagem de pessoas negras no total da população brasileira é de 51%, o total de negros no sistema prisional corresponde a 64%³⁸.

Para compreender essa expansão punitiva sem precedentes na história brasileira, é imperioso ter em conta que, nos últimos decênios, no bojo das políticas de corte neoliberal, as reformas políticas e econômicas tendentes ao fortalecimento das instituições e à abertura de mercados, implementadas por boa parte dos países latino-americanos, foram impulsionadas a partir do Consenso de Washington, promovido pelos EUA e por

36. Mais informações em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0]. Acesso em: 18.07.2019.

37. INFOPEN, 2017.

38. Idem.

organismos internacionais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, que condicionaram a ajuda econômica à liberação de mercados, à flexibilização dos mercados e das leis trabalhistas e ao fortalecimento das instituições estatais, sobretudo o sistema de justiça criminal. Esse pacote de medidas imposto aos países latino-americanos é compreendido por Zaffaroni³⁹ como uma *fase superior do colonialismo*, cujas consequências implicam o profundo agravamento dos índices de desigualdade social, acompanhados pelo aumento da violência, por altas taxas de encarceramento e por um elevado panorama de letalidade.

Nesse contexto, no sentido de oferecer respostas à sociedade em relação à conflitividade social e à insegurança social e, ao mesmo tempo, atender às demandas do capital internacionais, o governo brasileiro passou a construir uma agenda de estratégias para aprimorar o sistema de justiça criminal, entre as quais foi inserido o ME de pessoas.

Nesse diapasão, no início dos anos 2002, depois de debates sobre o tema, as primeiras experiências de monitoração eletrônica de pessoas foram realizadas no estado da Paraíba. Em 2007, com o avanço das discussões sobre o assunto e sobre o sistema de justiça criminal como um todo, o Senador Magno Malta apresentou o Projeto de Lei 175/2007, que previa o ME para presos em saídas temporárias, trabalhos externos das unidades prisionais, prisões domiciliares e para pessoas em gozo de livramento condicional, bem como àqueles em cumprimento de penas restritivas de direito ou *sursis*.

Em 2009, com a promessa de reduzir custos, aumentar o controle sobre os acusados e/ou condenados pela prática de crime e conferir maior sensação de segurança à população, o ME passou a ser objeto de muitos debates legislativos até que, no mesmo ano, o CNJ aprovou novas diretrizes para a execução penal no país, entre as quais constava a monitoração eletrônica para as prisões domiciliares⁴⁰.

No ano seguinte, depois de diversos debates no Congresso Nacional, foi aprovada, com os devidos vetos, a Lei 12.258/2010, que dispõe sobre o ME no âmbito de saídas temporárias do regime semiaberto e das prisões domiciliares de pessoas em cumprimento de pena em regime aberto (medidas de *back-door*). Os vetos sofridos pela lei versavam sobre o livramento condicional e o *sursis*, sob a justificativa de que vincular tais institutos ao ME resultaria em uma violação aos direitos de seus destinatários, que, por lei, estão sujeitos apenas aos requisitos já previstos para a concessão dos benefícios e, portanto, não poderiam contar com um gravame injustificado.

Não obstante, embora se tenha afastado as propostas que implicavam restrição aos direitos já garantidos legalmente, a versão final da lei de ME aprovada no Brasil revelou que o escopo das medidas implementadas não era o desencarceramento, já que foram propostas apenas estratégias de *back-door system*. Tal afirmação se faz sentir mais plenamente

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 2015.

40. Mais informações em: [<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/100/97>]. Acesso em: 20.12.2018.

pelo fato de que a utilização do monitoramento foi prevista somente como acessório de controle nos casos de saídas temporárias no regime semiaberto e de prisão domiciliar, com a devida observância do art. 146-B da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984).

Por outro lado, diante do caos carcerário e das graves violações aos direitos humanos nas prisões brasileiras, em 2011, foram aprovadas modificações na lei processual penal pátria, pela Lei Federal 12.403/2011, que fixou um rol medidas cautelares diversas de prisão (incluídas no art. 319 do Código de Processo Penal), entre elas o ME. Assim, a partir das alterações do Código de Processo Penal quanto às medidas cautelares alternativas à prisão, passou a ser possível falar em estratégias de *front door*. Desde então, a tecnologia pôde ser utilizada como medida cautelar substitutiva à prisão preventiva e demais prisões fixadas antes da condenação. No entanto, apesar do avanço legislativo, os dados oficiais sugerem que a implementação do ME no Brasil não representou uma política criminal de alternativa à prisão.

Outro aspecto importante a ser considerado na aplicação do ME no Brasil relaciona-se às condenações a penas restritivas de direitos (como prestação de serviço à comunidade, limitação de fim de semana, entre outras, que devem ser aplicadas a todos os crimes culposos e àqueles cometidos sem violência ou grave ameaça e não superiores a quatro anos em substituição às penas privativas de liberdade). A lei brasileira consagra a concessão de tais penas ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, não podendo sua concessão, portanto, estar vinculada à submissão do indivíduo ao ME. Assim, tem-se que condicionar tais penas à vigilância eletrônica e/ou cumulá-las com a monitoração violaria os direitos do condenado, daí tal possibilidade ser inviável entre nós.

Na análise mais detida da Lei 12.258/2010, releva notar que, embora haja previsão de que o indivíduo monitorado deveria “receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações”, tal acompanhamento, mesmo passados quase dez anos, não se tornou realidade na prática.

Como apontado por Dünkel, Thiele e Treig⁴¹, uma possível eficiência dos programas de ME depende de um adequado acompanhamento por profissionais como assistentes sociais, terapeutas, entre outros que possam auxiliar o indivíduo em seu processo de re-integração à vida em sociedade. Segundo os dados divulgados pelo Ministério da Justiça em 2015, dos 19 estados brasileiros que já faziam uso da ferramenta à época, apenas seis contavam com profissionais de assistência psicossocial nos quadros das empresas responsáveis pela gestão dos programas de ME⁴².

Mesmo sem investir no devido acompanhamento profissional e em metodologias adequadas, muitos estados brasileiros vêm implementando e expandindo o uso do ME. Conforme os dados do Ministério da Justiça, em 2015, havia 18.172 pessoas (88%

41. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b.

42. DEPEN, 2015.

homens e 12% mulheres) submetidas à monitoração eletrônica por meio de tornozeleiras e, aproximadamente, 80% dos casos correspondiam a pessoas que estiveram presas e posteriormente foram transferidas para prisão domiciliar mediante vigilância eletrônica (*back-door*)⁴³. De acordo com esse levantamento, a utilização do ME como medida cautelar diversa da prisão (*front-door*) ocorreu em apenas 8,42% dos casos, e em outros 4,21% destinou-se à vigilância de indivíduos acusados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tais números nos permitem verificar que em apenas 12,63% dos casos o uso do ME estava funcionando como medida desencarceradora. Nas outras situações, a monitoração foi utilizada para o controle das diversas formas de prisão domiciliar, bem como de saídas temporárias, ambas características do *backdoor system*⁴⁴.

Em meio a crises políticas, econômicas e institucionais que marcaram o ano de 2015, a superlotação das unidades prisionais e as graves violações de direitos humanos dentro das prisões brasileiras foram objeto de ampla discussão no Supremo Tribunal Federal (STF), responsável pelo julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF⁴⁵. A ação foi ajuizada pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), em junho daquele ano, com o intuito de que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Em setembro do mesmo ano, o STF reconheceu que a situação carcerária brasileira era, de fato, contrária aos preceitos de ordem fundamental e determinou a elaboração de um plano governamental para superação desse estado de coisas inconstitucional. Tal plano foi instituído pelo Ministério da Justiça⁴⁶ no início de 2016, pela Portaria 495, de 28.04.2016⁴⁷, que estabeleceu a Política Nacional de Alternativas Penais⁴⁸, com o objetivo de reduzir o contingente prisional em 10% até 2019. Entre as alternativas penais, estão a suspensão condicional do processo, a implantação e efetivação de programas de justiça restaurativa e mediação, a monitoração

43. Idem.

44. Ibidem.

45. A ADPF 347 foi ajuizada pelo PSOL – Partido Socialismo e Liberdade – em junho de 2015 com o intuito de se reconhecer as violações de direitos fundamentais a qual a população carcerária brasileira é sujeitada, a fim de que sejam tomadas medidas para que haja a melhoria das condições dos estabelecimentos prisionais nacionais. Processo disponível eletronicamente em [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560]. Acesso em: 26.08.2018.

46. Mais informações em: [www.justica.gov.br/news/ministerio-da-justica-institui-politica-nacional-de-alternativas-penais]. Acesso em: 20.12.2018.

47. Mais informações em: [http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap e http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=40&data=02/05/2016]. Acesso em: 20.12.2018.

48. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a-74b836efcd.pdf]. Acesso em: 20.12.2018.

eletrônica etc. Embora muitas dessas cautelares já estivessem previstas em lei desde 2011, pela Lei Federal 12.403/2011, elas ainda contavam com grande descrédito por parte dos julgadores, de modo que, mediante a instituição do plano em questão, esperava-se que pudesse haver encaminhamentos mais efetivos.

Não obstante, os dados sobre o ME no país em 2017 não sinalizam avanços. Senão, vejamos: em 20 de dezembro de 2018, o DEPEN divulgou que o total de pessoas submetidas a ME no Brasil subiu de 18.172 pessoas em 2015, para 51.515 em 2017, e Pernambuco apresentava o maior número de pessoas monitoradas (17.946), seguido do Paraná (6.289) e do Rio Grande do Sul (5.146). Os dados fazem parte do Diagnóstico sobre a Política de Monitoração Eletrônica elaborado pelo Ministério da Justiça em parceria com o PNUD⁴⁹.

Na análise político-criminal sobre a utilização do ME no Brasil, com base nos dados de 2017, tem-se que aproximadamente 75% das pessoas monitoradas cumpriam pena por algum crime (*backdoor*) e cerca de 20% cumpriam medidas cautelares alternativas à prisão (*front-door*), como indivíduos sem condenação que aguardavam julgamento, ou sujeitos a medidas protetivas de urgência, como as previstas no âmbito da Lei Maria da Penha⁵⁰, ou seja, em que pese a recém-instituída política de alternativas penais, o aumento do número de pessoas submetidas a ME não significa que a tecnologia está sendo utilizada como medida desencarceradora, pois os indicadores de *backdoor* são basicamente os mesmos que aqueles verificados em 2015⁵¹.

49. DEPEN, 2018.

50. Ibidem.

51. No mesmo ano de 2015, o DEPEN, assim como o CNJ, no Protocolo I da Resolução 213/2015, conceberam o ME como medida excepcional, recomendando que seja avaliada a aplicação de alternativas penais menos ofensivas antes da monitoração. Essa ordem também é a mesma no rol das cautelares (Lei 12.403/2011) e não é proposta de forma aleatória, mas fundada em repertórios teóricos e práticos que evidenciam o fato de a monitoração não promover a autorresponsabilização da pessoa monitorada, tampouco ensinar a restauração das relações e promoção da cultura da paz, ou seja, os serviços de monitoração não estão orientados a processos autorreflexivos e de envolvimento comunitário, diferentemente do que ocorre nas metodologias no âmbito da Justiça Restaurativa, por exemplo. Ademais, a Resolução 213/2015 do CNJ dispõe sobre a apresentação de toda a pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas e regulamenta o uso da monitoração eletrônica no âmbito das Audiências de Custódia. Já a Resolução 05/2017 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica. Merece destaque também o Termo de Cooperação Técnica 039/2018 celebrado entre o CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério de Segurança Pública com o propósito de estabelecer melhorias no sistema de execução penal e justiça criminal, qualificando a gestão da informação e as políticas de alternativas penais e de monitoração. O referido termo reitera que a monitoração eletrônica é uma medida excepcional, indicada apenas quando não couber outra medida cautelar menos gravosa e deve ser vista como alternativa ao cárcere e não como alternativa à liberdade, sendo instrumento para conter o encarceramento e reduzir o alto número de presos provisórios.

Corroborando a afirmação anterior, verifica-se que o perfil das pessoas submetidas ao ME em 2017 indica que os serviços estão voltados majoritariamente ao público masculino (89%), de modo que as mulheres somavam 11% do total. Seguindo o perfil seletivo do sistema de justiça criminal pátrio, além de serem em sua maioria homens, 29% dos monitorados são jovens (entre 25 e 29 anos) e 46% tinham o ensino fundamental incompleto. Nesse sentido, é possível afirmar, também na aplicação do ME no Brasil, a permanência da seletividade característica do nosso sistema de justiça criminal, que alcança, precípua e não incautamente, indivíduos jovens, do sexo masculino e de baixa escolaridade⁵².

Ademais, os dados de 2017 indicam que a potencialidade do ME como estratégia de *front-door* na contenção do número de presos provisórios não tem se concretizado. A aplicação da monitoração eletrônica na fase de instrução penal representa apenas 20,02% dos serviços [medida cautelar diversa de prisão (17,19%) e medida protetiva de urgência (2,83%)]. Em números absolutos, em 2017, havia 8.810 pessoas monitoradas em cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão e 1.452 pessoas monitoradas em cumprimento de medidas protetivas de urgência; juntas somam 10.262 pessoas monitoradas na fase de instrução do processo penal, o que, em vista do todo, é muito pouco para ser tomado como alternativa para conter o encarceramento em massa levado a efeito no país.

5. LEIS E DIRETRIZES ESTADUAIS SOBRE O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS NO BRASIL

Com a sanção das Leis Federais 12.258/2010 e 12.403/2011, que dispõem sobre a monitoração eletrônica de pessoas no âmbito da execução penal (*backdoor*) e das medidas cautelares diversas de prisão (*front-door*), respectivamente, verificou-se a existência de lacunas que os estados federativos buscaram preencher, tendo em vista suas realidades e particularidades. Como visto anteriormente, até o ano de 2015, 18 estados federados faziam uso da tecnologia, com destaque para Acre, Alagoas, Amazonas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, São Paulo e Santa Catarina. Além desses estados, Bahia, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Paraíba e Tocantins firmaram convênio com o DEPEN para a implantação do serviço, o que vem sendo perseguido desde então⁵³.

52. Apenas dois estados conseguiram informar dados em relação à cor/etnia das pessoas monitoradas. Em razão disso, não é possível tecer uma análise a respeito da cor/etnia das pessoas monitoradas em 2017 (DEPEN, 2018).

53. CAMPELLO, Ricardo Urquiza, 2015.

Com o advento das normas estaduais sobre o tema, foi possível perceber que elas, em sua maioria, dispõem sobre o cabimento e as hipóteses de revogação dos programas de monitoramentos, concorrendo, em alguns casos, com a legislação federal, o que, segundo parte da doutrina, seria inconstitucional, na medida em que viola o disposto no art. 24 da Carta da República⁵⁴.

Para investigar as características e alcance dessas leis estaduais, optou-se neste estudo pela realização de buscas nos portais eletrônicos das Assembleias Legislativas de cada estado federado, bem como dos Tribunais de Justiça Estaduais, tendo em vista identificar o modo como cada estado legisla sobre o tema do ME. Ao longo das buscas, verificou-se que alguns estados desenvolveram lei específica sobre o tema e outros o abordaram mediante portarias ou instruções normativas, havendo ainda aqueles em que não foram identificadas legislações próprias por meio desse método de pesquisa. A par dos levantamentos realizados, optou-se por sua apresentação por unidades federativas. Senão, vejamos:

5.1. Região Sudeste

Foi possível verificar que não há um padrão normativo estadual para a adoção do ME por estado desta região; cada estado federado possui suas peculiaridades:

- Minas Gerais: o estado conta com lei específica sobre o tema, qual seja: a Lei Estadual 19.478/2011, que alterou a Lei Estadual 11.404/1994 e adicionou à legislação estadual disposições específicas sobre o tema. De acordo com o art. 21 da Lei Estadual 19.478/2011, cabe à Comissão Técnica de Classificação a prerrogativa de opinar sobre a instituição dos programas de ME; já em seu art. 156-A, a lei permite que a autoridade judicial estadual institua o ME nos casos de saída temporária do regime semiaberto e de prisão domiciliar do regime aberto (*backdoor*), além de oferecer aos magistrados ampla discricionariedade para implementar a medida em outros momentos processuais em que a julgarem necessária, porém, não os especificam. Por sua vez, o art. 156-B da mesma lei trata das obrigações do monitorado, quais sejam: obedecer às condições impostas, informar eventuais falhas e não causar danos ao equipamento. Os descumprimentos dessas condições, conforme o art. 156-C, implica reprimendas que vão desde a advertência escrita até a revogação dos benefícios concedidos, além da possibilidade de regressão de regime. Ademais, em 2013, o estado de Minas Gerais publicou sua Cartilha de Monitoração Eletrônica⁵⁵, que se destina às pessoas sujeitas à monitoração e contém informações específicas sobre a tecnologia, seu uso, consequências em caso de violação e outras informações relevantes para o monitorado.

54. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; OLIVEIRA, Janaina Rodrigues, 2011.

55. Disponível em: [www.seguranca.mg.gov.br/images/documentos/Cartilha%20Monitoracao%20Eletronica.pdf]. Acesso em: 18.07.2019.

- Rio de Janeiro: no estado do Rio de Janeiro a Lei Estadual 5530/2009 dispõe sobre o ME, que, de acordo com aquela, é cabível nas hipóteses de saídas temporárias no regime semiaberto e nas prisões domiciliares no regime aberto (*backdoor*). Em 2016, a Lei Estadual 7.499 alterou a lei anterior, adicionando a possibilidade de compra do equipamento por parte do usuário, no caso o monitorado, medida que carece de determinação judicial e fica sujeita à discricionariedade do magistrado.

- São Paulo: em São Paulo, é a Lei Estadual 12.906/2008 que dispõe sobre o ME, que, conforme o disposto no art. 1º, é admitido nas hipóteses de prisão domiciliar, proibição de frequentar certos lugares, livramento condicional, saídas temporárias, saídas para realização de trabalho externo (medidas de *backdoor*). A lei prevê também, em seu art. 2º, que cabe ao monitorado consentir com a vigilância, havendo possibilidade de retratação desse consentimento. Além disso, a lei vaticina a possibilidade de o juiz dispensar o ME quando julgar desnecessário seu uso, mas não traz maiores esclarecimentos a respeito. Finalmente, são previstas hipóteses de revogação do monitoramento, bem como os deveres do monitorado, sendo semelhantes aos previstos nas legislações supracitadas.

- Espírito Santo: neste estado, o ME é regulado pela Lei Estadual 9.217/2009, que fixou critérios para sua aplicação, o que, à época, ainda não era regulamentado por lei federal, o que só veio acontecer posteriormente. Nesse sentido, o diploma estadual passou a ser visto sob o manto da inconstitucionalidade, já que assuntos relacionados à execução penal deveriam ser tratados no âmbito da Lei Federal 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), o que levou a Defensoria Pública do estado a ajuizar uma ação civil pública impugnando a validade da lei capixaba⁵⁶. Desde então, o ME no estado do Espírito Santo é regido pelas leis federais que dispõem sobre o tema. Não obstante, a DIMCME (Diretoria de Movimentação Carcerária e Monitoração Eletrônica)⁵⁷, criada em 2013, disponibilizou uma cartilha informativa sobre ME, com respaldo na Portaria Conjunta SEJUS/SESP (Secretário do Estado da Justiça/Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa Social). Nessa cartilha, consta a informação de que a ferramenta de vigilância eletrônica individual faz parte do Programa de Monitoração Eletrônica Prisional da Secretaria de Estado de Justiça (SEJUS) e pode ser utilizada por presos condenados (em casos de saídas temporárias), presos provisórios (comuns e especiais) e condenados sujeitos a prisões domiciliares – todas medidas de *backdoor*, exceto quanto às prisões provisórias.

5.2. Região Sul

A região sul, assim como verificado na região sudeste, não apresenta um padrão entre seus estados federados quanto à regulação e à aplicação do ME:

56. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; OLIVEIRA, Janaina Rodrigues 2011.

57. Ver mais em: [<https://sejus.es.gov.br/Contents/Item/Display/1100>]. Acesso em: 18.07.2019.

- Rio Grande do Sul: o estado do Rio Grande do Sul é tido como um dos pioneiros na implantação de programas de ME, regulamentados pela Lei Estadual 13.044/2008. Tal lei prevê a aplicação do ME em casos de cumprimento de condições fixadas em decisão judicial que: determine a prisão domiciliar, aplique a proibição de frequentar determinados lugares, conceda o livramento condicional e a progressão para os regimes semiaberto e aberto e autorize a saída temporária do estabelecimento penal, sem vigilância direta, para prestação de trabalho externo – todas medidas de *backdoor*. Mais recentemente, a Lei Estadual 14.478/2014 fixou normas para utilização de ME como medida cautelar em situações de violência doméstica e familiar. Conforme o art. 2º dessa lei, o dito agressor fica sujeito à utilização do equipamento de ME, devendo ser instruído sobre seu uso e obrigações.

- Paraná: neste estado, o ME é regulamentado pela Instrução Normativa 9/2015, que prevê no item 1.1.2 a necessidade do respeito à integridade física, moral e social do monitorado. Já no item 1.1.4, há regras sobre a preservação ao sigilo dos dados e informações da pessoa sujeita à monitoração eletrônica. De acordo com o diploma, cabe ao Departamento Penitenciário do Estado (DEPEN/PR) a administração, a execução e o controle da monitoração eletrônica, sendo responsável também por prestar orientações ao monitorado, verificar o cumprimento das regras e prestar informações ao Judiciário. Quanto ao cabimento, prevê o 2.1.1 que o ME poderá ser utilizado como medida cautelar quando houver prisão domiciliar ou para o recolhimento domiciliar de período noturno, final de semana e feriado, sendo possível que o juiz opte pelo uso do monitoramento ainda que seja determinada a liberdade provisória ou revogada a prisão preventiva (medidas de *front-door*). Já no item 2.2.1, há a previsão de utilização do ME em face de presos em regime aberto ou para os presos em regime semiaberto em saída temporária ou em harmonização de regime, hipótese de inexistência de vagas nas unidades prisionais adequadas ao regime (medidas de *backdoor*). O ME é, por fim, previsto para os casos de violência doméstica, conforme dispositivo 2.3.1.

- Santa Catarina: não dispondo de legislação específica, as orientações sobre o uso do ME neste estado advêm de Resolução Conjunta assinada pelo presidente do TJSC e pelo Corregedor-Geral de Justiça, segundo a qual o uso da tecnologia é cabível em substituição à prisão domiciliar ou enquanto medida cautelar diversa da prisão, não havendo maiores especificações a respeito.

5.3. Região Nordeste

Embora seja a unidade federativa com o maior número de estados, verificou-se que há quatro estados em que, pelos meios de pesquisa aqui adotados, não foram encontradas informações específicas sobre o tema, quais sejam: Bahia, Ceará, Paraíba e Sergipe. Quanto aos demais estados, mais uma vez, foi nítida a ausência de um padrão na adoção do ME de pessoas, conforme exposto a seguir:

• Pernambuco: no estado do Pernambuco, a matéria é regida, desde 2016, pela Instrução Normativa 15, documento assinado pelo presidente do Tribunal de Justiça do estado. Nesse documento, consta a descrição do funcionamento do ME no estado, dos direitos dos monitorados até a quem incumbe realizar a monitoração e acessar os dados recebidos pela tecnologia, proteção importante à intimidade dos vigiados, bem como são descritos os procedimentos necessários ao funcionamento do ME. Quanto ao cabimento, o art. 9º da Instrução Normativa em questão atribui ao Juízo, nos casos de Violência Doméstica e Familiar, a competência para determinar a vigilância eletrônica quando constatar: risco à vítima, conduta reincidente do agressor e descumprimento de medida protetiva de urgência. Já no art. 10, há a previsão do ME como medida cautelar a ser utilizada em face de presos provisórios, como monitoramento à prisão domiciliar e em determinação ao recolhimento domiciliar no período noturno. O § 1º deste artigo deixa a critério do Magistrado a aplicação do ME em casos de concessão da liberdade provisória ou de revogação da prisão preventiva. Observa-se que, em ambas as hipóteses, trata-se de medidas de *front-door*. De outro norte, o art. 11 do documento prevê a possibilidade de ME para pessoas já condenadas, sendo prevista a utilização da tornozeleira para presos em regime domiciliar e nas saídas temporárias do regime semiaberto, havendo ainda a possibilidade, a critério do juiz, de substituição da prisão pelo ME quando inexistir vaga na unidade penitenciária de regime semiaberto (medidas de *backdoor*).

• Alagoas: no estado de Alagoas, o ME é regulado pelo Provimento 50/2016, assinado pela Corregedoria-Geral de Justiça estadual. De acordo com o art. 8º do documento, a responsabilidade pela administração, controle e execução do ME no estado caberá ao Centro de Monitoramento Eletrônico de Presos de Alagoas (CMEP). Já o art. 13 prevê que uso do ME antes de denúncia ou queixa cabível como medida cautelar diversa da prisão, devendo o juiz, a cada 180 dias de ME, motivar o ato para manter a vigilância (medidas de *front-door*). Segundo o art. 15, cabe o uso de ME durante a execução penal, seja no regime domiciliar, seja no regime semiaberto, seja nas hipóteses de saída temporária, seja quando houver a harmonização do regime, isto é, a possibilidade de não haver vaga nas unidades penitenciárias do estado apropriadas ao regime semiaberto (medidas de *backdoor*). Ademais, de acordo com o art. 18, é cabível o monitoramento enquanto medida protetiva de urgência para crimes de violência doméstica ou familiar.

• Maranhão: neste estado, o ME é regido pela Portaria Conjunta 9, de 2017, documento feito em parceria do Tribunal de Justiça do estado, com o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Secretaria de Estado de Segurança Pública e a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP). Logo em seu art. 1º, o documento prevê a proteção à integridade física, social e moral do monitorado, bem como a preservação ao sigilo de dados e informações. Segundo art. 6º, é cabível o ME em face de presos provisórios como medida cautelar diversa da prisão, prisão domiciliar ou recolhimento noturno, de finais de semana e feriado (*front-door*). Durante a execução pena, o art. 10 prevê o uso de ME em caso de penas de prisão em regime domiciliar e para autorizar saídas temporárias do

regime semiaberto (*back-door*). Outra hipótese prevista é o monitoramento como medida protetiva aplicada em situações de violência doméstica e familiar.

- Piauí: no estado do Piauí, embora não haja legislação específica atinente ao tema, existe um Projeto de Lei relacionado ao ME a caminho da sanção. Apresentado pelo Deputado Firmino Paulo, o Projeto de Lei Estadual 17/2017, aprovado no início de 2018, prevê o custeio do equipamento de ME pelo próprio apenado, conforme notícia no portal eletrônico da Assembleia Legislativa do estado.

- Rio Grande do Norte: o tema do ME é tratado no âmbito da Lei Estadual 10.331/2018, que, em seu art. 2º, prevê que o dito agressor nos casos de violência doméstica ou familiar poderá ser obrigado a usar a tecnologia para fins de fiscalização imediata.

5.4. Região Norte

A Região Norte do Brasil é formada por sete estados. Em quatro deles, não foram localizadas informações específicas sobre ME de acordo com a metodologia aqui utilizada, quais sejam: Amapá, Pará, Amazonas, Rondônia e Tocantins.

- Acre: pela Lei Estadual 1908/2007, o governo do Acre fez referência ao ME. De acordo com o art. 14, VIII, da referida legislação, compete à gerência de infraestrutura, manutenção e logística administrar a manutenção do sistema de ME, no entanto, não há maiores disposições a respeito de seu cabimento.

- Roraima: embora não conte com lei estadual regulando o ME, o estado de Roraima, por intermédio do Ministério Público Federal, do governo do estado e do Ministério Público Estadual, firmou um acordo para normatizar o uso da tecnologia, tendo em vista a implantação da Central de Monitoramento Eletrônica de Roraima. Segundo o relatório que determinou o acordo, a tecnologia se destina aos presos em regimes fechado, semiaberto e aberto, além dos presos provisórios.

5.5. Região Centro-Oeste

Como se verá a seguir, diferente de outras regiões do país, no Centro-Oeste tanto os estados federados como o Distrito Federal possuem normas próprias quanto ao ME:

- Goiás: neste estado, o ME é regulado nos termos da Lei Estadual 19.962/2018, que introduz alterações à Secretaria de Estado da Segurança Pública, incluindo no art. 7º a incumbência da Diretoria-Geral de Administração Penitenciária de implantar a execução das penas por meio de ME, sendo as medidas previstas, portanto, como estratégias de *backdoor*.

- Mato Grosso: neste estado, o ME inicialmente foi regulado pelo Provimento 25/2008 da Corregedoria-Geral de Justiça estadual. A legislação, que é anterior à Lei Federal que trata do tema, previa, em seu art. 2º, que apenas seria permitido o uso de ME nos casos de regime aberto ou semiaberto, trabalho externo vigiado no regime fechado, penas restritivas de direito que estabeleçam limitação de horários ou a frequência a certos lugares,

prisão domiciliar, livramento condicional ou suspensão condicional da pena. Em 2015, foi assinado o Provimento 7, que trata da possibilidade de ME em face dos ditos agressores de violência doméstica e familiar, como medida preventiva, com o objetivo de garantir maior proteção à vítima e melhor utilizar as vagas do sistema prisional.

- Mato Grosso do Sul: embora não conte com lei estadual, o Mato Grosso do Sul regula o tema do ME pelo Provimento 151/2017, que, em seu art. 2º, dispõe sobre o respeito à integridade física, moral e social do monitorado e, em seu art. 4º, prevê a necessidade de preservação do sigilo de dados e informações do monitorado. De acordo com o provimento, o ME poderá ser utilizado durante a prisão provisória como medida cautelar diversa da prisão para monitorar a prisão domiciliar, o recolhimento noturno, de final de semana e feriados, conforme prevê o art. 10. Destaca-se que, no art. 11, há a possibilidade de que o juiz opte pelo ME ainda que tenha sido decretada a liberdade provisória ou revogada a prisão preventiva. O tempo máximo para o monitoramento é de 180 dias, devendo ser justificada a prorrogação por igual período. Cumpre ressaltar, ainda, o teor do art. 15, segundo o qual os dias em que a pessoa foi submetida à monitoração serão levados em consideração para fins de eventual detração (todas medidas de *front-door*). No âmbito da execução penal, o ME poderá ser utilizado em hipóteses de regime aberto, de saída temporária do regime semiaberto e de harmonização deste, ou seja, quando não houver disponibilidade de vagas na unidade prisional própria ao regime (medidas de *backdoor*). Caberá, enfim, a possibilidade de monitoração enquanto medida protetiva de urgência, em hipótese de acusação por crime de violência doméstica ou familiar, prevista na Seção III, sendo o período máximo para monitoramento, mais uma vez, de 180 dias, prorrogável por igual período desde que fundamentado.

- Distrito Federal: na capital federal, a regulamentação do ME decorre da Portaria GC 141/2017, do Gabinete de Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. De acordo com o documento, na utilização do ME, devem-se evitar pessoas em situação de rua, portadoras de transtornos mentais e em uso excessivo de álcool e outras drogas. As principais distinções dessa normativa em relação às demais se concentram na maior discricionariedade conferida ao magistrado para a aplicação do ME.

6. CUSTOS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE PESSOAS NO BRASIL

Conforme dados revelados DEPEN⁵⁸, os serviços de monitoração, implementados no país desde 2010, abarcavam, em 2015, 19 unidades federativas, havendo ainda projetos de expansão, sem contar com normas e/ou diretrizes que os orientem a partir de uma perspectiva nacional. Tal particularidade, combinada com carência de dados verdadeiramente atualizados sobre o ME no Brasil, contribui para a manutenção do cenário

58. DEPEN, 2015.

de obscurantismo em torno dos custos para a utilização e manutenção dessa tecnologia. Nesse sentido, os levantamentos mais seguros e atualizados sobre o tema foram elaborados pelo próprio DEPEN, em 2015⁵⁹ e em 2018⁶⁰.

Segundo o primeiro relatório, o GPS é adotado em todos os estados que têm os serviços de monitoração implementados, tendo um custo médio mensal de R\$ 167,00 a R\$ 660,00 por pessoa monitorada (a média do custo é aproximadamente R\$ 301,25). De acordo com o DEPEN⁶¹, esse custo se refere apenas ao serviço prestado pela empresa contratada, demais custos essenciais à monitoração não estão contemplados nesse cálculo. Outro aspecto importante apresentado no levantamento de 2015 é o fato de que, ainda que o custo médio mensal possa sugerir que o ME representa uma “economia” de recursos se comparada aos custos do sistema prisional, tal não se confirma na prática pois, como o ME prevalece em fases de execução em que são permitidos outros meios alternativos à prisão, essa tecnologia pode implicar em acréscimo e não redução dos gastos⁶².

Conforme o relatório divulgado pelo DEPEN em 2018⁶³, tendo em vista o aumento de pessoas submetidas a ME, a média de custo verificado em 2017 foi de R\$ 267,92 por pessoa e a mediana R\$ 230,00. É importante ressaltar que, seguindo o exemplo do relatório anterior, nesse estudo, o DEPEN reiterou que esse custo envolve o pagamento mensal do equipamento por pessoa monitorada às empresas, o que compreende procedimentos de instalação e manutenção das “tornozeleiras” e do sistema de informações, não abarcando, em nenhuma hipótese, o custo total dos serviços de monitoração eletrônica. De acordo com o órgão, para a mensuração do custo dos serviços de monitoração eletrônica, devem ser utilizados cálculos que considerem, minimamente, as seguintes despesas: remuneração de servidores e funcionários diversos, encargos sociais e trabalhistas, aluguel de imóvel para a Central, impostos e despesas com água, energia e telefone, manutenção predial, material permanente, material de consumo, veículo, manutenção veicular, formação e capacitação continuada dos servidores e demais funcionários.

Como dito alhures, as médias de custo apresentadas anteriormente abarcam apenas o aparelho em si, não contemplando outros custos inerentes à manutenção e ao funcionamento do sistema de ME, como centrais de monitoramento remoto, serviços de operadoras, acesso à internet, entre outros. Não obstante, até a conclusão deste estudo, não foi possível coletar dados mais seguros e uniformes a esse respeito. É importante destacar, no entanto, que, ao longo da pesquisa que subjaz o presente artigo, foram feitos contatos com diversos órgãos, tanto estaduais como federais, no sentido de obter informações

59. Idem.

60. DEPEN, 2018.

61. DEPEN, 2015.

62. DEPEN, 2015, p. 41.

63. DEPEN, 2018.

mais concretas sobre o custo real do ME no país, mas infelizmente não se logrou êxito em tal empresa.

Embora os cálculos sobre os custos reais com o ME no Brasil não sejam transparentes e não estejam acessíveis à população, alguns defensores da ampliação dos serviços de monitoração costumam se pautar no argumento de redução de custos de forma simplista e equivocada. No entanto, como destacado pelo DEPEN⁶⁴, para alcançar validade metodológica e servir de parâmetro confiável para o planejamento para as políticas públicas, a comparação deve considerar todos os elementos associados ao custo de ambos os serviços.

Mesmo sem bases de cálculo sólidas, o Ministério da Segurança Pública vem mantendo uma política de fomento aos serviços de monitoração eletrônica no País, visto que nos últimos anos, mesmo diante de tantos contingenciamentos, foram investidos R\$ 40 milhões no financiamento das Centrais de Monitoração Eletrônica nos estados federados. Ademais, segundo o DEPEN⁶⁵, em 2018, houve o incremento das ações adotadas pelo referido Ministério com o repasse de R\$ 20 milhões do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) ao CNJ para ampliação da monitoração eletrônica.

Apesar da dificuldade de acesso a dados completos sobre o custo do ME no Brasil, comumente, são veiculadas entrevistas nos meios de comunicação em que autoridades e outros representantes do poder público e da sociedade civil defendem a ideia de que o sistema de ME é economicamente mais vantajoso e mais barato do que a manutenção de um indivíduo no sistema prisional. Entretanto, antes de se afirmar sobre a possível economia financeira ou não para os cofres públicos mediante o uso do ME, é preciso compreender que, para que tal tecnologia represente algum corte de gastos, ela deveria ser empregada em substituição a algo de custo mais elevado. Todavia, conforme já destacado, não é o que vem ocorrendo no Brasil. Na prática, como reconheceu o DEPEN⁶⁶, tem-se, no mais das vezes, uma duplicação dos custos, sendo o ME empregado, sobretudo, para fiscalizar o cumprimento de penas que já seriam impostas sem a medida tecnológica de controle.

6.1. O Projeto de Lei 310/2016 e o pagamento dos custos do monitoramento eletrônico pelo usuário

Como supramencionado, um dos principais argumentos para a defesa de adoção e expansão do ME é a suposta economia para os cofres públicos. A par desse entendimento, o Projeto de Lei 310/2016, na linha já apresentada pelos Projetos 5.999/2016 e 4.132/2015, traz como proposta a alteração da Lei 7.210/84 para prever que as despesas com o ME sejam arcadas pela pessoa a ser monitorada. O projeto pendente de aprovação ganhou popularidade, sendo amplamente divulgado em redes sociais e recebendo forte apoio popular.

64. Idem.

65. DEPEN, 2018.

66. DEPEN, 2015.

A medida em questão já foi aplicada antes em outros países como na Polônia. Stán-do-Kawecka (2015) trata do assunto no seu estudo intitulado “*Offender Electronic Monitoring in Poland: Expectations and Results*”. No estudo em questão, a autora aponta que o Estado polonês, ao reconhecer a viabilidade do ME, buscou por meio de diversas medidas a gradual extensão de seu uso. No diploma legislativo conhecido como *Act 2007* (que implementou o ME na Polônia), foram feitas diversas emendas, e uma delas determinava que os apenados deveriam custear o uso da tornozeleira eletrônica. Essa medida – em conjunto com outras políticas, como a utilização do ME somente em penas que não ultrapassassem um ano – acabou por reduzir o número de indivíduos que aceitaram a medida (uma das condicionantes para a utilização da tornozeleira era a aceitação do condenado; caso não o fosse, o cumprimento da pena continuaria a ser no cárcere). O aparelho, que à época já funcionava com um preço tido razoável pelos legisladores e magistrados poloneses, traria uma despesa excessiva para o apenado e impossibilitava seu custeio (há que se lembrar que a Polônia, assim como o Brasil, é um país marcado por profunda desigualdade social e seletividade penal, o que também se verifica com outros países da Europa oriental). Em um ato para buscar popularizar o ME e, conseqüentemente, tentar solucionar a crise de superlotação carcerária que assolava o país à época, a medida que instituiu a cobrança foi revogada.

No Brasil, como visto, o custo médio mensal da utilização de uma tornozeleira é de aproximadamente R\$ 300,00, o que corresponde a um terço do salário mínimo, quantia inviável para os indivíduos do sexo masculino, jovens e de baixa escolaridade que, como vimos, compõem o público-alvo do ME entre nós.

Finalmente, cumpre destacar que o projeto de lei em questão não traz em seu texto ressalvas quanto à aplicação da cobrança, não deixando claro se tal seria realizada apenas para aqueles que têm melhores condições financeiras e quais os critérios para a concessão de eventuais isenções. Assim, pode-se imaginar que a obrigatoriedade de o custeio ser imputada aos destinatários do ME que, em sua maioria, encontrariam certamente grandes dificuldades financeiras para realizar tal pagamento, terminaria, entre outros efeitos, por legitimar o encarceramento, sob a alegação de que o sujeito não dispõe de meios para a alternativa a ela.

7. ESTUDOS DE CASO: O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NA PRÁTICA

É cediço que, desde o início da utilização dos programas de ME no Brasil até a atualidade, diversos projetos e estudos já foram levados a efeito; contudo, em razão dos limites deste trabalho, optou-se por trazer dois relatos que nos pareceram interessantes. O primeiro se destaca pela originalidade e pioneirismo, já o segundo chama a atenção pela sensibilidade ao tratar de tema tão candente, qual seja, o encarceramento feminino, a partir da ótica do ME.

7.1. Paraíba

No dia 13 de julho de 2007, três anos antes da Lei Federal 12.258/10, foi realizada a primeira experiência com o ME de presos na Paraíba, por meio do projeto denominado “Liberdade vigiada, sociedade protegida”, no qual o magistrado Bruno César Azevedo Isidro testou o sistema na cidade de Guarabira. Na ocasião, o juiz em questão lançou um *e-book* intitulado “O monitoramento eletrônico de presos e a paz social no contexto urbano: nova política de contenção da modernidade a partir da visão microfísica do poder e da sociedade do controle”, em que discorre, entre outros temas, sobre as atividades que iniciou na Paraíba.

Na experiência em pauta, cinco pessoas que cumpriam pena em regime fechado no Presídio Regional da cidade de Guarabira se voluntariaram para participar do projeto-piloto, passando a utilizar tornozeleiras eletrônicas desenvolvidas na cidade paraibana de Campina Grande. A proposta era de utilização do equipamento por tempo ilimitado, a fim de fornecer informações para as avaliações necessárias em relação ao novo sistema. Segundo Isidro (2017), os voluntários estavam inseridos no Projeto Prestação Social, desenvolvido em parceria com a Prefeitura Municipal da cidade, que possibilitava que presos do regime fechado fossem liberados para o trabalho e serviços em obras públicas. Houve também a participação de duas mulheres presas em regime fechado, que passaram a cumprir suas reprimendas em regime domiciliar. Participaram ainda três presos que haviam sido condenados a infrações denominadas à época como crimes contra os costumes.

De acordo com Isidro⁶⁷, o monitoramento ocorria a partir da manhã, quando os presos iniciavam o uso diário da tornozeleira e eram liberados para o serviço. Ao fim da tarde, quando os voluntários retornavam para pernoite no estabelecimento prisional, as tornozeleiras eram retiradas e recarregadas por um agente penitenciário para o uso no dia seguinte. Essa rotina era mantida de segunda a sábado. Em relação às duas mulheres inseridas no projeto-piloto, relata o autor que, como não havia presídio feminino na Comarca de Guarabira, uma delas se voluntariou para usar a tornozeleira em seu domicílio, com a possibilidade de se deslocar até cinco metros dos limites de sua residência. Já com relação à outra voluntária, o magistrado relata que partiu dela o questionamento sobre se a própria pessoa monitorada arcar com os custos da tornozeleira, o que lhe pareceu interessante e inovador à época. Assim, foi deferida à referida voluntária a possibilidade de arcar com os custos do equipamento, pois, se ela não passasse a cumprir a reprimenda em sua residência, teria que ser transferida para a Capital, já que em Guarabira não havia unidade prisional feminina e tampouco correspondente ao regime prisional que lhe fora imposto inicialmente.

Segundo o magistrado em questão, a implementação do ME trouxe uma série de benefícios à execução da pena na Comarca, bem como a possibilidade de comprovar

67. ISIDRO, 2017.

à sociedade como um todo que as condições impostas seriam efetivamente aferidas, pois, já à época, o sistema acusava em tempo real qualquer violação às regras. Para ele, o controle em tempo real possibilitava reações rápidas diante de qualquer violação e auxiliava a aferir se o indivíduo estava realmente apto a seguir para um regime de maior liberdade.

A experiência trouxe grande repercussão nacional, sendo citada durante a votação para o então projeto da Lei Federal 12.258/10. Depois da experiência na Paraíba, os projetos-pilotos se popularizaram em outros estados. A empresa *INSIEL Tecnologia Eletrônica*, criadora do aparelho utilizado nos testes, realizou experimentos em 22 estados.

7.2. Rio Grande do Sul

No ano de 2016, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio de seu Centro de Estudos, Capacitação e de Aperfeiçoamento (CECADEP), buscou as pesquisadoras Vanessa Chiari Gonçalves e Ceres Danckwardt, coordenadora e pesquisadora, respectivamente, do Núcleo de Pesquisas em Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a fim de realizar uma experiência empírica sobre o ME.

Considerando que, à época, a justiça gaúcha optou por estender o monitoramento por tornozeleira a quem estava no regime semiaberto, o estudo visou acompanhar e relatar os resultados da monitoração, contando com a parceria da Vara de Execução Criminal de Porto Alegre⁶⁸.

Durante o período de um ano, 92 mulheres submetidas à vigilância eletrônica foram acompanhadas pelas pesquisadoras, sendo mapeados os tipos de delitos por elas cometidos, bem como sua primariedade e eventuais ocorrências ao longo do período acompanhado⁶⁹. A opção pelo acompanhamento de mulheres se deveu, segundo as pesquisadoras, à constatação de intenso aumento da população carcerária feminina no estado, o que traduz um fenômeno chamado de feminização da pobreza, o que, conforme apontam, consiste em mais um agravante da seletividade penal, que agora é focada também nas mulheres pobres.

Dos achados da pesquisa, merece destaque o fato de que das 92 monitoradas, apenas três infringiram a condição e evadiram da zona determinada para sua circulação, enquanto as outras 89 apenas não praticaram novos delitos. Tal fato foi visto pelas responsáveis pela pesquisa como um dado promissor, capaz de sinalizar o uso do ME como uma alternativa ao aumento sem precedentes do encarceramento feminino no país.

68. DANCKWARDT, Ceres; GONÇALVES, Vanessa Chiari, 2017.

69. Idem.

Em que pese o mérito da pesquisa, cumpre chamar a atenção para o fato de que os casos acompanhados registram estratégias de *backdoor* no uso do ME, não podendo, portanto, ser consideradas como verdadeiras alternativas à prisão. Não obstante, fica o mérito de demonstrar empiricamente que existem possibilidades concretas para evitar a permanência de mulheres em instituições carcerárias.

8. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO DISPOSITIVO DE EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO: ANÁLISE CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA

Nas últimas duas décadas, o ME de pessoas contou com considerável expansão, ultrapassando as fronteiras norte-americanas e sendo utilizado também em países europeus e latino-americanos. Nos países em que a aplicação do sistema de ME já se efetivou ou ao menos foi levada à discussão, o mecanismo é visto como uma alternativa à pena de prisão e uma possível tentativa de minimizar a superlotação carcerária. Por outro lado, o ME também é alvo de duras críticas, sobretudo por parte dos criminólogos críticos, que alegam se tratar de um atentado aos princípios fundamentais do Direito, sobretudo à dignidade humana e à liberdade individual. Nesse sentido, para Karam⁷⁰, o ME é extremamente danoso aos direitos da pessoa, pois o uso da medida representa uma ilegítima intervenção no corpo do indivíduo condenado, além de uma desautorizada invasão de sua privacidade e a transformação do seu, antes inviolável lar, em uma quase prisão.

Do ponto de vista criminológico crítico, o ME de pessoas se insere no contexto político-criminal contemporâneo, característico do empreendimento neoliberal, como mais um dispositivo de controle e poder sobre os corpos, sobretudo dos grupos mais excluídos socialmente, como negros, jovens, pobres e de baixa escolaridade⁷¹.

Confome Wacquant⁷², o modelo de governamentalidade neoliberal, também chamado de *governo de insegurança social*, consiste, entre outros aspectos, no deslocamento do braço social para o braço penal do Estado. Esse isomorfismo organizacional proporcionou a convergência operacional entre os polos assistencial e penitenciário, no *campo burocrático*⁷³, já que os perfis sociais dos beneficiários são basicamente idênticos: tanto os pobres, destinatários dos serviços de assistência social, quanto os detentos vivem próximos ou abaixo da linha de pobreza. Os dois grupos são compostos, em sua maioria, por negros, com baixa escolaridade, moradores de periferias, portadores de sofrimentos físicos, mentais ou outras limitações que interferem em sua participação no mercado de

70. KARAM, Maria Lúcia, 2007, p. 1.

71. WACQUANT, Loïc, 2012, p. 16-17.

72. Idem.

73. BOURDIEU, Pierre, 2007.

trabalho⁷⁴ e legitimam seu controle⁷⁵. A pobreza e a marginalização deixaram de ser percebidas a partir de uma perspectiva social para serem vistas como questões de segurança⁷⁶.

Nas sendas de Passetti⁷⁷, é possível identificar, a partir da concepção descrita anteriormente, uma espécie de transição da sociedade disciplinar, descrita por Foucault⁷⁸, para uma sociedade de controle e segurança, que – embora conserve muito das disciplinas – impõe novos mecanismos de controle. Enquanto a sociedade disciplinar funcionava por confinamentos (fábricas, asilos, prisões, escolas, hospitais, partidos políticos, sindicatos etc., que têm por alvo o corpo de cada pessoa – do qual se espera, a partir do binômio produtividade-docilidade, obter o máximo de energias econômicas, para que reste um mínimo de energias políticas), a sociedade de controle funciona em fluxos, segundo uma economia cômputo-informacional, ocupando-se do espaço, do controle a céu aberto. Seu alvo não é mais o corpo docilizado e preparado para o uso mecânico do tempo, mas a informação e o que se pode retirar dela. Por isso, produz vigilâncias pormenorizadas de cada um. Os novos controles se dão, entre outras formas, mediante cruzamentos de bancos de dados que acumulam senhas, rastreadores por satélites de imagens e sons, programas de segurança que vão do acesso à internet ao uso do computador particular, georreferenciamento e pesquisas com biotecnologia. Assim, são também garantidos os fluxos de controle sobre cada indivíduo em particular, bem como de cada atividade por ele realizada. Desta forma, o *panóptico* deixa de ser o espaço arquitetônico característico da sociedade disciplinar definida por Foucault⁷⁹, para assumir sua inspiração divinizada, alojando-se no espaço tecnológico e informatizado, o que determina um espectro de dominação até mesmo mais amplo que aquele definido em termos foucaultianos⁸⁰.

No bojo desse processo de difusão do modelo de governamentalidade neoliberal, outro aspecto que chama atenção é aquilo que Menegat⁸¹ conceitua como *mudança estrutural dos sentimentos*. Para o filósofo brasileiro, tal mudança decorre do esgarçamento dos laços sociais provocados pela desregulamentação daquele modelo, que termina por provocar uma ruptura entre as classes ainda funcionais à acumulação do capital e a massa sobrando, o que acirra a ausência de identificação e a alteridade entre as pessoas, abrindo

74. WACQUANT, Loic, 2012, p. 19.

75. CAVADINO, Michael; DIGNAN, James, 2007; GARLAND, David, 2005; SIMON, Jonathan, 2007; O'MALLEY, Pat; VALVERDE, Mariana, 2014.

76. BECKETT; Katherine; WESTERN, Bruce, 2001, p. 47.

77. PASSETTI, Edson, 2011; 2005.

78. FOUCAULT, Michel, 1979; 1987.

79. FOUCAULT, Michel, 1979; 1987.

80. Ver mais em: DELEUZE, Gilles. Post-Scriptum sobre a sociedade de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010. p. 223-230.

81. MENEGAT, Marildo, 2012a; 2012b, p. 209-214.

espaço para a expansão da *cultura do medo*⁸². A partir dessa *mudança estrutural dos sentimentos* e da expansão do medo e insegurança que a ela se relacionam, emergem, segundo Coimbra e Scheinvar⁸³, subjetividades punitivo-penais que se apoiam na crença de que a segurança é o que trará felicidade e possibilidades de realização, o que somente será garantido pelo controle eficiente das pessoas, que não se restringe mais à prisão, mas também às múltiplas formas de castigo que se multiplicam e se sofisticam:

“grades, celas e muros coexistem com um novo modo de vida mais intenso [...] o rentável mercado da segurança se sustenta no medo, no terror. Termos como guerra, insegurança, perigo, ameaça, blindagem, cuidado ocupam os terrenos mais íntimos da vida; constituem um modo de existir alimentado pelas redes de controle, associadas aos sentimentos de estabilidade, de certeza [...]. A estética contemporânea se delinea pela desconfiança no outro e em si.”⁸⁴.

Sob o signo do medo e da insegurança social, o controle dos corpos humanos passou a ser visto como problema fundamental das sociedades neoliberais. Assim, de forma difusa e confusa, mas extremamente eficiente, novas tecnologias foram sendo desenvolvidas, com destaque para aplicativos de localização e redes sociais, que, de certa forma, mitigam a impressão de controle, já que a utilização dos mesmos é *livremente* escolhida. A naturalização com que atualmente são fornecidas informações de localização em tempo real, com fotos, mapas e indicação de acompanhantes faria chocar até mesmo os cidadãos mais desavisados do século passado. Ocorre que, sendo naturalizada como uma característica do nosso tempo, a ausência de privacidade e/ou ampliação dos controles pessoais não são enfrentadas a contento. Nessa esteira, a monitoração eletrônica de pessoas, embora implique restrição de liberdade, também vem sofrendo mitigações nos últimos anos, de modo que seus efeitos deletérios à personalidade também são relativizados, o que legitima a expansão de sua utilização.

Ao refletir sobre tais aspectos, Nellis⁸⁵ aponta que o ME é, assim, *fruto de nosso tempo*, um tempo em que a privacidade locacional já é relativizada e os dados pessoais, inclusive de localização, são compartilhados espontaneamente a todo instante. Segundo o autor, há diversos indícios de correspondência entre a disposição da população em geral em dispor de grande parte de sua privacidade e a utilização de modos de vigilância eletrônica, tais como o ME. No entanto, conforme apontam Dünkel *et al*⁸⁶, para utilização da monitoração ele-

82. BATISTA, Vera Malaguti, 2012.

83. COIMBRA, Cecília; SCHEINVAR, Estela, 2012, p. 66.

84. Idem.

85. NELLIS, Mike, 2014, p. 491.

86. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b.

trônica de pessoas como ferramenta penológica, é necessário ter em conta, precipuamente, a relevância da proteção jurídica do direito fundamental à privacidade e à intimidade.

Nesse sentido, é interessante notar que, em relação ao uso específico dos dados pessoais dos indivíduos sujeitos à atuação dos sistemas de justiça criminal, há poucos diplomas específicos, embora os governantes se preocupem, cada vez mais, em expandir o controle sobre esses indivíduos, criando bancos de dados centralizados⁸⁷. Certos países tratam de maneira específica a questão do fornecimento dos dados obtidos por meio do ME, como é o caso da Inglaterra. Por lá, os órgãos que têm permissão para lidar com o processamento dos dados estão determinados claramente e restam explicitadas as responsabilidades próprias dos mesmos para com as informações⁸⁸.

Conforme destacam Nellis⁸⁹ e Dünkel⁹⁰, os dados de localização, tipo e escala gerados por rastreamento por GPS, são indiscutivelmente diversos do tipo de informação gerado no âmbito da execução penal, por exemplo, de entrevistas de progressão de regime. Em certos países, reconhecendo a particularidade desse tipo de dado, existem políticas que buscam fixar uma data de validade à sua existência: na França, os dados são mantidos por dez anos depois do fim do período de utilização do ME; na Alemanha, os mesmos são destruídos dois anos depois do fim do monitoramento do indivíduo, prazo que é de apenas seis meses para os dados de geolocalização⁹¹.

Ao observar como é a política dos países europeus quanto à utilização, manuseio e manutenção dos dados provenientes do ME de indivíduos, verifica-se que Brasil falha ao se omitir quanto a tal regulamentação, pois, na utilização de programas de ME, é essencial que sejam estabelecidos parâmetros de utilização destes, bem como o tempo que os dados em questão estarão à disposição dos órgãos responsáveis, os indivíduos que terão acesso ao material levantado e as possibilidades de utilização dessas informações perante o Judiciário. Sobre esse aspecto, cumpre destacar que a falta de regulação acerca da forma como os dados coletados durante o monitoramento devem ser tratados faz com que, em muitos casos, se cultive a ideia de que o seu compartilhamento com a polícia é algo normal, sobretudo em relação àqueles indivíduos que, por *suspeição sistemática*, costumam ser identificados como problemáticos. A partir do compartilhamento dos dados de espaço/tempo de pessoas com essas características, são realizados cruzamentos entre informações sobre locais e horários de crimes identificados pelos órgãos policiais, emergindo daí potenciais suspeitos de delitos⁹², o que é absolutamente temerário, sobretudo em países como o Brasil, marcados pela seletividade do sistema de justiça criminal. Diante disso, é de suma importância que as legislações dos estados em que

87. AMARAL, Augusto Jobim do, 2010.

88. NELLIS, Mike, 2015.

89. Idem.

90. DÜNKEL, Frieder, 2017.

91. Idem.

92. DEPEN, 2015, p. 45.

a tecnologia é utilizada prevejam com clareza tanto a extensão dos dados a serem coletados quanto eventuais possibilidades de sua utilização, sobretudo em face de adolescentes, que, de acordo com a lei brasileira (art. 17 da Lei 8069/1990), devem ter sua intimidade preservada.

Finalmente, outro aspecto importante acerca do tema é levantado por Dünkkel⁹³ quando afirma que, antes de se decidir pela utilização e/ou expansão dos programas de monitoração eletrônica de pessoas, é fundamental deixar de lado a errônea concepção de que o monitorado é, necessariamente, uma pessoa que estaria encarcerada, não fosse o ME. Segundo o professor alemão, a análise empírica não demonstra que se poderia enunciar esse tipo de máxima, ou mesmo que esse seja o caso na maioria das ocorrências. Para ele, é relevante questionar não apenas como o ME poderia ser idealmente concebido e utilizado em determinado país, mas, principalmente, se ele é, de fato, um instrumento necessário e inevitável em qualquer sistema jurídico, e, se sim, em que casos e com que objetivos. Se tais questionamentos não forem feitos, corre-se o risco de, ao invés de se contribuir para uma política criminal de redução do encarceramento, abrir os flancos para uma expansão de controles sem precedentes.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a utilização do ME de pessoas na Alemanha, Dünkkel, Thiele e Treig⁹⁴ observam que o potencial de utilização dessa tecnologia como medida diversa da prisão é mínimo, uma vez que os parâmetros normativos e político-criminais não oferecem a segurança necessária para evitar a prisão de indivíduos considerados perigosos e, ao mesmo tempo, não delimita em que circunstâncias a vigilância eletrônica é desnecessária e ofensiva em face de pessoas que não apresentem risco de fuga e não representam perigo à sociedade. Além disso, nos países em que se verificou o aumento do número de pessoas monitoradas, não houve diminuição da população prisional.

No Brasil, observação similar parece ser cabível, pois, como informado pelo Ministério da Justiça, mais de 80% dos casos em que a monitoração eletrônica de pessoas vem sendo usada no país não se destinam à substituição da prisão, mas sim ao controle e à vigilância de pessoas já condenadas a penas de prisão e que passaram a ser monitoradas durante as saídas temporárias ou na transferência para a prisão domiciliar. Entre 2000 e 2005, houve crescimento de 55% na população carcerária brasileira; entre 2005 e 2010, o crescimento foi de 37%; e entre 2010 e 2015, período que corresponde aos primeiros anos em que a legislação nacional sobre o ME de pessoas entrou em vigor, o crescimento foi de 40%⁹⁵. Os números não sugerem, portanto, que a tecnologia tenha tido, por ora, qualquer efeito desencarcerador.

93. DÜNKEL, Frieder, 2017b.

94. DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith, 2017a; 2017b.

95. DEPEN, 2015.

Da mesma forma que o número de pessoas encarceradas no país continua a aumentar, o número de monitorados eletronicamente também cresce, o que parece ser um sinal de que o país ainda tem muito a caminhar para que política nacional de alternativas penais estabelecida pelo Ministério da Justiça produza os efeitos desejados.

Outro aspecto preocupante em relação à realidade brasileira é a ausência de regulamentação sobre o uso dos dados de localização do monitorado, bem como seu aproveitamento seletivo pela polícia. É problemática também a ausência de programas de acompanhamento psicossociais eficientes para as pessoas submetidas ao ME como medida de *backdoor*, no sentido de auxiliá-las em seu processo de reintegração social.

Considerando todos esses aspectos, e aliado ao fato de que a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas está inserida em um contexto social e cultural totalmente influenciado pelo empreendimento neoliberal que, entre outras facetas, vem se caracterizando pela expansão das formas tecnológicas de controle dos corpos e pela relativização da privacidade, o debate sobre o uso desse mecanismo de vigilância deve ser cuidadoso, sobretudo no que diz respeito à percepção das pessoas sobre a preservação de seus próprios direitos. Ademais, é necessário reforçar a compreensão de que a proteção a direitos como privacidade e liberdade individual é inerente a todas as pessoas, o que implica o reconhecimento do desacerto do uso seletivo de informações de determinados monitorados tidos como *sujeitos perigosos*.

Finalmente, há que se ter em conta que, antes se defender o uso do ME, assumindo-o como ferramenta capaz de modificar o sistema criminal e penitenciário de um país, é imperioso reconhecer que tal mudança exige antes uma reorientação da própria política criminal, que deve se guiar no sentido do imperativo humanista e na edificação de modelos de controle social que privilegiem a paz social em detrimento da violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. Entre serpentes e toupeiras: a cultura do controle na contemporaneidade (ou sobre o caso do ME de presos no Brasil). *Revista jurídica*, Sapucaia do Sul, n. 396, p. 83-107, 2010.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; OLIVEIRA, Janaina Rodrigues. O ME de apenados no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy. *Punishment & Society*, v. 3, p. 43-48, 2001.
- BEYENS, K. Electronic monitoring and supervision: A comparative perspective. *European Journal of Probation*, v. 9(1) 3-1.

- BEYENS, Kristel; ROOSEN, Marijke. Evaluation der Elektronischen Aufenthalt-überwachung im Rahmen der Führungsaufsicht. In: DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith (Orgs.). *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich: Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017.
- BEYENS, Kristel; ROOSEN, Marijke. Electronic monitoring and reintegration in Belgium. *European Journal of Probation*, v. 9(1) 11-27, 2017b.
- BLANQUÉ, Cristina Gonzalez. El Control Electrónico en el sistema penal. Universitat Autònoma de Barcelona: 2008.
- BOONE, M.; KOOIJ, M. van der; RAP, S. Niederlande. In: DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith (Orgs.). *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich: Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do ME. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 36, p. 387-404, 2008.
- BOTTINO, Thiago; PRATES, Fernanda. Notas sobre a política de monitoração eletrônica no estado do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 719-746, 2017.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BURRI, Juliana. O ME e os direitos e garantias individuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 904, p. 475-493, 2011.
- CAMPELLO, Ricardo Urquiza. A implementação do ME no Brasil. *Informativo do Programa Justiça Sem Muros do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania*, São Paulo, ago. 2015.
- CAMPELLO, Ricardo Urquiza. O ME de presos nos Estados Unidos: um trajeto genealógico. *Revista de Estudos Sociais*, Araraquara: v. 20, n. 38, 2015.
- CAMPELLO, Ricardo Urquiza. Circulações governadas: o ME de presos no Brasil. Aurora: *Revista de arte, mídia e política*, São Paulo, v. 7, n. 19, p. 51-69, fev.-maio 2014. Disponível em: [http://www.antonioacasella.eu/nume/Campello_2014.pdf]. Acesso em: 02.09.2014.
- CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. *The Penal System. An Introduction*. 4. ed. London: SAGE Publications, 2007.
- COIMBRA, Cecília.; SCHEINVAR, Estela. Subjetividades punitivo-penais. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. v. 1.
- CONTE, Christiany Pegorari. Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de ME de presos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 894, p. 401-441, 2010.
- CORREA JÚNIOR, Alceu. *ME de Penas e Alternativas Penais*. USP, 2012.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Ação declaratória de Estado de Coisas Inconstitucional. Sentencia SU.559/97. *Tratamiento de un estado de cosas contrario a la Constitución Política, distribución del situado fiscal en materia educativa; afiliación de los docentes de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*. Bogotá, 1997. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm]. Acesso em: 25.08.2018.
- COSTA, Amarildo Lourenço; COSTA, Samuel de Freitas. O estado de coisas inconstitucional e a proteção aos direitos fundamentais. *Revista Direito & Justiça Social*, Vila Velha, v. 1, n. 1, 2017.
- DANCKWARDT, Ceres; GONÇALVES, Vanessa Chiari. O ME de Mulheres na Comarca de Porto Alegre. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, 2017.
- DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. *Manual de Gestão para a política de monitoração eletrônica de pessoas*. 2015. Disponível em: [http://www.br.un-dp.org/content/brazil/pt/home/library/paz/manual-de-gestao-para-a-politica-de-monitoracao-eletronica-de-pe.html]. Acesso em: abr. 2018.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (Ministério da Justiça). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Atualização Junho de 2016*. Brasília: 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em: 26.04.2018.
- DEPEN. *Diagnóstico sobre a política de monitoração eletrônica*. Ministério da Segurança Pública. Brasil, 2018. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf]. Acesso em: 17.07.2019.
- DÜNKEL, Frieder. European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism. *European Journal of Criminology*, v. 14(6) 629-653, 2017a.
- DÜNKEL, Frieder. Electronic monitoring – Some critical issues. In: BIJLEVELD, C.; VAN DER LAAN, P. (Orgs.): *Liber Amicorum Gerben Bruinsma*. Den Haag: Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR) 2017b, S.108-117.
- DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith (Orgs.). *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich: Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017a
- DÜNKEL, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith (Orgs.). “You’ll never stand-alone”: Electronic monitoring in Germany. *European Journal of Probation*, v. 9(1), p. 28-45, 2017b.
- DÜNKEL, Frieder; MORGENSTERN, Christian. *The monitoring of prisons in German law and practice*. *Crime, Law and Social Change*. Disponível em: [link.

- springer.com/article/10.1007%2Fs10611-017-9721-3] (21 S.). Acesso em: jul. 2018.
- DÜNKEL, Frieder; MORGENSTERN, Christian. Monitoring prisons in Germany: the role of the European Court of Human Rights. In: CLIQUENNOIS, G., DE SUREMAIN, H. (Orgs.): *Monitoring Penal Policy in Europe*. New York: Routledge 2017, S. 21-36.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- HUCKLESBY, A., HOLDSWORTH, E. England und Wales. In: DÜNKEL, Frieder, THIELE, Christoph; TREIG, Judith (Orgs.). (2017). *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich: Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017.
- INFOPEN. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (Ministério da Justiça). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Atualização Junho de 2016*. Brasília: 2017. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf]. Acesso em 26.04.2018.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o ME. In: CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL PENITENCIÁRIA (Ministério da Justiça) (Org.). *Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 13-35, 2. sem. 2008.
- KARAM, Maria Lúcia. ME: a sociedade do controle. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 14, n. 170, jan. 2007.
- KARSTEDT, Susanne; BERGIN, Tiffany; KOCH, Michael. Critical Junctures and Conditions of Change: Exploring the Fall of Prison Populations in US States. *Social & Legal Studies*, v. 1(1), p. 1-23, 2018. Sage.
- KILLIAS, Martin; GILLIÉRON, Gwladys; KISSLING, Izumi; VILLETZAZ, Patrice. Community service versus electronic monitoring – what works better? results of a randomized trial. *British Journal of Criminology*, Oxford, 50(6), p. 1155-1170, 2010.
- LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.
- MARIATH, Carlos Roberto; SANTA RITA, Rosângela Peixoto. Polícia penitenciária: reflexo do sistema penal simbólico. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, p.71-82, 2008.
- MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012a.

- MENEGAT, Marildo. O sol por testemunha. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012b.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *La herencia de Franz von Liszt*. México: Ubijus, 2011.
- NELLIS, Mike. Understanding the electronic monitoring of offenders in Europe: expansion, regulation and prospects. *Crime, Law and Social Change*, v. 62, p. 489-510, springer 2014.
- NELLIS, Mike. (2017). Die elektronische Überwachung von Straftätern: Standards, ethische Grundlagen und Kriminalpolitik im digitalen Zeitalter. In: Dünkel, Frieder; THIELE, Christoph; TREIG, Judith (Orgs.). *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich: Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017.
- NELLIS, Mike. (1991). The Electronic Monitoring of offenders in England and Wales: Recent Developments and Future Prospects. *British Journal of Criminology*, v. 31, n. 2, Spring 1991.
- NELLIS, Mike; BUNGERFELDT, Jan. Electronic monitoring and probation in Sweden and England and Wales: Comparative policy developments. *Probation Journal*, 60(3) 278-301, 2013.
- O'MALLEY, Pat; VALVERDE, Mariana. Foucault, Criminal Law, and the Governmentalization of the State. In: *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, ed. by Markus Dubber. Oxford University Press, 2014.
- PASSETTI, Edson. Governamentalidade e violências. *Currículo sem Fronteiras*, v. 11, n. 1, p. 42-53, jan.-jun. 2011. Disponível em: [www.curriculosemfronteiras.org]. Acesso em: 20.06.2015.
- PASSETTI, Edson. Para o neoliberalismo a democracia começa no mercado. Entrevista concedida à *Com Ciência – Revista Eletrônica Jornalismo Científico*, 2005. Referência obtida na base de dados: [www.comciencia.br/entrevistas/2005/07/entrevista2.htm]. Acesso em: 20.06.2015.
- RENZEMA, Marc; MAYO-WILSON, Evan R. Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high-risk offenders? *Journal of Experimental Criminology*, 1:215-237, Springer 2005.
- RODRIGUES, ELLEN. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- SIMON, Jonathan. *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Nova York: Oxford, 2007.
- SNACKEN, Sonja; DUMORTIER, Els. *Resisting punitiveness in Europa? Welfare, human rights and democracy*. New York: Routledge, 2012.
- STÁNDÓ-KAWANECKA, Barbara. Offender Electronic Monitoring in Poland: Expectations and Results. *Informativo Neue Kriminalpolitik.*, v. 2, 2015.

- WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Brasília: Secretaria-geral da Presidência da República, 2015. Disponível em: [www.juventude.gov.br/juventudeviva]. Acesso em: 20.02.2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 182-243, maio-ago. 2015. Disponível em: [www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/37/38]. Acesso em: 20.06.2015.
- ZACKSESKI, Cristina; MACIEL, Welliton Caixeta. Vigilância Eletrônica e Mecanismos de Controle de Liberdade: Elementos para Reflexão. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 459-466, jan.-fev. 2015.
- ZILIO, Jacson; BOZZA, Fabio (Orgs). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- O monitoramento eletrônico e os direitos e garantias individuais, de Juliana Burri – RT904/475-493 (DTR\2011\1186);
- O sistema de monitoramento eletrônico à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, de Gisele Mendes de Carvalho e Thaís Aline Mazetto Corazza – RT 945/197 (DTR\2014\3028); e
- Possibilidades e limites do uso da monitoração eletrônica como estratégia de redução das prisões provisórias no Brasil, de Cristina Maria Zackseski – RBCCrim 160/363-387 (DTR\2019\40157).

POPULISMO PENAL: O QUE NÓS TEMOS A VER COM ISSO?

PENAL POPULISM: WHAT DOES THAT HAVE TO DO WITH US?

LUIZ PHELIPE DAL SANTO

Doutorando em Criminologia pela Universidade de Oxford.
Mestre em Criminologia Crítica e Sicurezza Sociale – Devianza, Istituzioni e Interazioni Psicosociali pelas Universidades de Bologna e de Padova (2018). Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pela Universidade de Coimbra (2016).
Advogado criminalista.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6576-3151>
luiz.dalsanto@crim.ox.ac.uk

Recebido em: 07.06.2019

Aprovado em: 04.02.2020

Última versão do (a) autor (a): 20.02.2020

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Populismo penal tem sido uma categoria amplamente utilizada para explicar as variações de sistemas penais e de políticas criminais no mundo nas últimas décadas. Este trabalho busca verificar a eventual adequação da hipótese do populismo penal como determinante causal do desenvolvimento de práticas e políticas no campo do crime contemporâneo no Brasil. Para tanto, a primeira parte do artigo é destinada a uma retomada teórica, apontando o processo histórico de desenvolvimento conceitual, além de apontar suas características, determinações e eventuais barreiras para seu desenvolvimento ou sua perpetuação. Na segunda parte, realiza-se uma análise específica da realidade brasileira após o processo de redemocratização, dividida em três principais partes: o povo, a classe política e as elites penais. Tal análise é baseada em dados secundários quantitativos e qualitativos, produzidos por órgãos públicos e organização sem fins lucrativos, extraídos por cientistas sociais brasileiros e obtidos em arquivos de mídia. Ao final,

ABSTRACT: Penal populism has been a widely used category to explain the changes in penal systems and penal policies around the world in the last decades. This article seeks to verify an eventual pertinence of the 'penal populism' hypothesis as the causal determinant of the development of practices and policies in the current crime control field in Brazil. Hence, the first part of this work is aimed at a theoretical analysis, indicating its historical process of conceptual development, as well as its features, determinations and the eventual barriers to its development or perpetuation. In the second part, the case of Brazil is explored in three different dimensions: the people, the politicians and the penal elites. This analysis is restricted to the period after re-democratisation in the country, and is drawing on secondary, mixed qualitative and quantitative data, produced by public agencies and a non-profit organisation, extracted by Brazilian social scientists and obtained from media archives. Lastly, despite acknowledging the existence of processes

conclui-se que, embora existam processos relacionados à ideia de populismo penal, tal hipótese é fundamentalmente excepcional. Portanto, populismo penal não pode ser considerado determinante causal do encarceramento em massa no Brasil. Em geral, a expansão do sistema punitivo brasileiro se aproxima mais da hipótese de déficit democrático do que de democracia plena.

PALAVRAS-CHAVE: Populismo penal – Encarceramento em massa – Punitivismo – Sociologia da punição – Democracia.

connected to the idea of penal populism, this paper argues that they constitute only exceptions. Thus, penal populism cannot be considered the causal determinant of mass incarceration in Brazil. Ultimately, the expansion of the Brazilian punitive system is better understood through the 'lack of democracy' hypothesis rather than the prism of 'democracy-at-work'.

KEYWORDS: Penal populism – Mass incarceration – Punitiveness – Sociology of punishment – Democracy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Populismo Penal: história, características, causas e barreiras. 1.1. Desenvolvimento conceitual. 1.2. Características e exemplos. 1.3. Determinações causais. 1.4. Fatores protetivos. 2. A realidade brasileira. 2.1. Um povo mais punitivo?. 2.2. Utilização política do medo e da guerra ao crime?. 2.3. Elite penal leniente e tolerante?. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Desde sua redemocratização, o Brasil tem passado por um vertiginoso e intenso crescimento de sua população prisional, ocupando atualmente a terceira posição no *ranking* mundial neste quesito¹, apenas atrás dos Estados Unidos da América, historicamente “campeões do mundo” (Christie, 2004), e da China, país mais populoso do planeta.

Para explicar este movimento, um considerável número de criminólogos aponta o populismo penal como uma das principais – se não a principal – causas do encarceramento em massa no país (cf. CHEVIGNY, 2003; BATISTA, 2004; AZEVEDO, 2009; FONSECA, 2012; CARVALHO, 2015).

O recente êxito eleitoral de diversos políticos – desde presidente e governadores a senadores e deputados – supostamente² pautados na ideia de endurecimento do combate à

1. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All].

2. O caso do presidente eleito é extremamente relevante. Até certo ponto baseado em um discurso anticorrupção, antes mesmo de assumir a presidência, Bolsonaro já trazia ao seu redor pessoas envolvidas ou investigadas por possíveis envolvimento em esquemas criminosos, como Alberto Fraga, Onyx Lorenzoni e Paulo Guedes. Ver mais em: [https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2018/09/24/justica-condena-alberto-fraga-por-cobrar-propina-em-contratos-de-transporte-no-df.ghtml>.; [https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/em-video-deputado-onyx-lorenzoni-admite-ter-recebido-dinheiro-de-caixa-2/]. [https://

criminalidade possivelmente concederá ainda mais espaço e atenção a esta temática nos debates acadêmicos.

No entanto, embora esteja definitivamente presente na literatura criminológica nacional, este conceito foi inicialmente elaborado para compreender e explicar uma tendência estrangeira, notadamente do sistema de justiça criminal de países de origem anglo-saxônica. Além disso, trata-se de um elemento cuja clareza teórico-conceitual não foi integralmente alcançada.

Por tais razões, o presente artigo se dividirá em duas partes. Na primeira, abordará questões de natureza teórica, tratando do desenvolvimento conceitual de populismo penal, apresentando suas características, suas causas e os possíveis elementos capazes de conter sua concretização material. A segunda parte, por meio de dados secundários, tanto quantitativos produzidos basicamente pelo FBSP, CNJ e MJSP, quanto qualitativos, extraídos por cientistas sociais brasileiros, além da utilização de arquivos de mídia, será destinada a uma análise da realidade brasileira e suas particularidades a partir da redemocratização no país. Esta segunda etapa será dividida em três partes distintas, porém conectadas: o povo, a classe política e a classe jurídica. Isto nos permitirá então identificar a adequação ou não da frequente utilização de tal conceito, enquanto determinante causal, para compreender suas características e seus eventuais efeitos no contexto local. Como será mais bem evidenciado ao longo do artigo, a ideia de populismo penal pressupõe tanto uma participação popular ativa em demandar políticas de controle do crime mais punitivas, quanto uma atuação reativa de políticos e profissionais do sistema de justiça criminal, os quais cederiam a tais anseios populares. Este artigo demonstrará, no entanto, como tal quadro não se verifica na realidade brasileira.

1. POPULISMO PENAL: HISTÓRIA, CARACTERÍSTICAS, CAUSAS E BARREIRAS

1.1. *Desenvolvimento conceitual*

É certo que não apenas políticas penais e estratégias de controle do crime “viajam” de um local para outro – tradicionalmente do Hemisfério Norte para o Sul –, mas ideias e teorias também, a despeito de problemas de tradução e de diferenças culturais (MELOSSI, 1998; SOZZO, 2001; MELOSSI ET AL., 2011; CARRINGTON et. al., 2016).

Populismo penal, enquanto elemento teórico, aparece no Brasil justamente como fruto de tais viagens. Embora sua origem na realidade brasileira seja estreitamente vinculada à obra de David Garland (2001), o autor escocês não foi o primeiro a tratar do assunto – e, em realidade, sequer chega a utilizar esta expressão literal. Na sociologia da

congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/em-video-deputado-onyx-lorenzoni-admite-ter-recebido-dinheiro-de-caixa-2/].

punição, “populismo penal” surge como uma variação de *populist punitiveness*, termo empregado inicialmente pelo criminólogo Anthony Bottoms (1995). Segundo Bottoms, punitivismo populista seria uma entre outras tendências das políticas penais à época na Inglaterra. Nesta hipótese, políticos usariam a postura punitiva pré-existente do público para seus próprios fins, isto é, em busca de apoio eleitoral.

Posteriormente, David Garland (2001) utilizou dois termos próximos, mas diferentes, em sua obra: *punitive populism* e *popular punitiveness*. O primeiro se relaciona novamente a uma tendência das políticas penais contemporâneas, enquanto o segundo é definido como “uma forte corrente política” (GARLAND, 2001, p. 158). Garland baseia seus estudos às realidades britânica e estadunidense.

Pouco depois, Julian Roberts, Loretta Stalans, David Indermaur e Mike Hough (2003) finalmente usaram de modo expresso o termo “populismo penal”. Em obra coletiva, os autores identificam o populismo penal novamente como uma tendência de política penal, no entanto, de modo ampliado a outros países anglófonos: Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia. Segundo os autores, populismo penal consistiria na “busca de um conjunto de políticas penais para ganhar votos ao invés de reduzir as taxas de criminalidade ou promover justiça” (Roberts *et al.*, 2003, p. 5).

Por fim e mais recentemente, John Pratt (2009) se dedicou a desenvolver de forma mais ampla o conceito aqui abordado. Nesse sentido, sustenta ser algo para além do mero uso eleitoral de apoio público para um endurecimento penal. Algo mais complexo e estruturalmente mais aprofundado e incorporado à configuração do poder penal. Um produto de mudanças políticas e sociais iniciadas nos anos 1970. Ainda, Pratt diferencia populismo punitivo de “populismo autoritário” (HALL *et al.*, 1978), o que será mais bem esclarecido adiante. De todo modo, embora avance em muitos sentidos e faça um grande esforço para explicar no que, de fato, consiste no populismo penal, Pratt apresenta diversas características e efeitos, mas não elabora uma definição precisa, específica e conceitualmente limitada.

Diante de sua forma conceitual não completamente desenvolvida, “populismo penal” é frequentemente utilizado como um *catch-all term* (SHAMMAS, 2015, p. 6), excessivamente genérico, que funciona não como um instrumento de análise, mas de desaprovação (SHAMMAS, 2015). Mais além de tais críticas, há quem argumente inclusive que tanto a “punitividade populista”, quanto o “populismo penal” não passem de uma “reificação nas mentes acadêmicas” (TONRY, 2007, p. 1). Não por outra razão, compreender algumas de suas principais características e exemplificar sua materialização é de grande utilidade.

1.2. Características e exemplos

Antes de tudo, é primordial destacar que nenhum dos autores até aqui mencionados defende qualquer homogeneidade no desenvolvimento das políticas penais. Nesse sentido, o populismo penal jamais aparece como tendência única do sistema de justiça

criminal, nem mesmo como tendência necessariamente predominante. Logo, trata-se de um movimento que coexiste com outros e, por tal motivo, influencia o desenvolvimento e o funcionamento do sistema penal (BOTTOMS, 1995; GARLAND, 2001; ROBERTS *et al.*, 2003; PRATT, 2009; SOZZO, 2012; 2017b).

Diversas características do sistema de justiça criminal contemporâneo são especificamente atribuídas e vinculadas ao populismo penal. Dentre elas, destacam-se: a politização da questão criminal, que se tornaria elemento central nas disputas e nos discursos eleitorais; a redução do papel dos experts e o consequente declínio do ideal de reabilitação; a ampliação da participação popular na determinação de políticas criminais; a utilização da imagem da vítima e o retorno de justificações vindicativas e retribucionistas; a ampliação e o endurecimento da punição de modo geral, não restrita ao encarceramento; e a existência de um inimigo comum.

Em relação à politização da questão criminal, o combate ao crime teria se estabelecido como um dos principais – se não o principal – elementos nas disputas eleitorais, transformando-se claramente em uma oportunidade de governança (GARLAND, 2001; LARRAURI, 2006; SIMON, 2007; DZUR, 2010), não se limitando apenas à plataforma da “Nova Direita” – economicamente liberal e moralmente conservadora –, mas penetrando também no programa de partidos de esquerda (O’MALLEY, 1999; PAVARINI, 2006; BELL, 2011; SWAANINGEN, 2013).

Ademais, é de fundamental importância a redução do papel dos experts na elaboração de políticas criminais, o que levaria tanto ao consequente declínio do ideal de reabilitação e do modelo de “welfarismo” ou “modernismo penal” (GARLAND, 2001), quanto abriria margem à inserção de iniciativas populares na criação de tais políticas. Esse movimento é também chamado por Ian Loader como “a queda dos guardiões platônicos” (LOADER, 2006), que representavam um modelo de sistema de justiça criminal “isolado” ou “protegido” das reivindicações populares, sendo justamente marcada por um alto nível de profissionalização, seja no controle e na operação do sistema penal, seja na criação e determinação de medidas de política criminal.

Essa substituição do *expert* pelo *povo* é definida como uma alteração da *razão* pela *emoção* (DZUR, 2010; SHAMMAS, 2015; 2016). Do tecnicismo ao populismo, sendo o populismo uma maneira vulgar e irracional de fazer política.³ O exemplo mais comum para ilustrar essa alteração se refere à Lei *Three Strikes and You’re Out*. Sua versão californiana foi elaborada por um fotógrafo, pai de vítima de um assassinato, isto é, uma pessoa comum, fora das instâncias do Poder Legislativo ou Executivo. Este processo de formulação de política penal teria se desenvolvido de um modo “quase completamente desprovido de escrutínio de especialistas governamentais ou acadêmicos” (ZIMRING, 1996, p. 243).

3. Como bem sustenta Žižek (2003 [2002]), ao imputar tal movimento como irracional, perde-se a atenção em relação às causas e às condições que propiciaram seu próprio êxito.

Ao mesmo tempo, a Lei *Three Strikes and You're Out* integra um modelo em ascensão à época: *mandatory sentencing*. Trata-se de uma política de sentenciamento voltada à minimização da discricionariedade de juízes (*expert*), na medida em que estes eram considerados fundamentalmente lenientes com criminosos (ZIMRING, 2001; ROBERTS ET AL., 2003; PRATT, 2007).

Além disso, esse caso demonstra também a questão da projeção da vítima encarnada na voz do “povo” (GARLAND, 2001; MATTHEWS, 2002; RYAN, 2002; PRATT, 2007; SIMON, 2007), idealizada como *você, sua filha, sua irmã, sua esposa* (cf. ZIMRING, 1996). Há, no mesmo sentido, o processo de nomeação de leis com o nome de vítimas, de modo a honrá-las e recordá-las, mas principalmente como forma de conceder autenticidade e validade no processo de criação e aprovação de leis (PRATT, 2007).

Este processo de redução do papel de experts e de ascensão da participação popular nas decisões sobre política criminal resultaria em uma utilização ampliada e mais frequente da punição, agora também aplicada sob condições mais severas, uma vez pautada em sentimentos de vingança e de retribuição. O aumento da taxa de encarceramento em países como Estados Unidos, Inglaterra e Nova Zelândia, por exemplo, seria o principal, mas não o único, indicador desta tendência. Além dele, pode-se falar também na criminalização de menores formas de comportamento antissocial; no aumento da duração das penas decretadas em sentenças condenatórias; na ampliação da pena máxima prevista para certos crimes; na transferência de jovens infratores para responder judicialmente em cortes de adultos e cumprir pena em instalações penais de adultos; bem como na redução da maioria penal. Conforme já indicado, o endurecimento da punição não limitaria somente às penas de prisão. Nesse sentido, haveria também o retorno de punições estigmatizantes e para envergonhar infratores – a vestimenta obrigatória de roupas específicas durante o cumprimento de serviço à comunidade, o acesso público irrestrito a registros criminais e a notificação da soltura de criminosos sexuais à comunidade local são alguns exemplos mais comuns (cf. HALLSWORTH, 2002; ROBERTS *et al.*, 2003; PRATT, 2007). A criação de *boot camps* para cumprimento de pena para adolescentes em condições extremamente severas, seria outro exemplo de endurecimento da punição para além do cárcere. Por fim, a perda do direito ao voto não apenas para pessoas que cumprem pena, mas também aos que já cumpriram, seria um indicador da ampliação dos efeitos do sistema punitivo em ascensão sob a influência do populismo penal.

Finalmente, a última característica do populismo penal a ser aqui destacada é a existência de um inimigo popular comum. Roger Matthews (2005) argumenta que a expansão do poder punitivo não é necessariamente fruto de forças e representações reacionárias, mas também da reivindicação de setores da população anteriormente negligenciados, bem como da alteração da percepção pública em relação a fatos de violência interpessoal antes limitados a resoluções privadas, e que passaram a ser vistos como questão de segurança pública. Os principais casos a demonstrar estas alterações de tolerância e percepção públicas seriam a violência doméstica, estupro dentro do casamento,

ataques raciais, abuso infantil, crimes de ódio e *bullying* (MATTHEWS, 2005, p. 192). Em sentido contrário, John Pratt sustenta que o populismo penal assume “inevitavelmente uma postura reacionária e regressiva” (PRATT, 2007, p. 20, grifo nosso). Isto porque o movimento populista seria posto como reação ao *establishment* político existente, o qual, desde o período pós-guerra, estaria vinculado à imagem de um liberalismo penal benigno, próximo à ideia de modernismo ou welfarismo penal. Portanto, de acordo com Pratt, populismo penal estaria associado fundamentalmente a uma tendência reacionária, não incorporando, por questão de coerência, forças e reivindicações progressistas. Não por outro motivo, as políticas de controle do crime e de punição estariam direcionadas predominantemente ao *outro* (GARLAND, 2001; PRATT, 2007), sujeitos que se distinguem das pessoas “comuns”. De tal maneira, adolescentes infratores, minorias étnicas, esturpadores, pedófilos, reincidentes, vagabundos e membros da subclasse representariam os principais grupos de criminosos e de inimigos da sociedade.

1.3. Determinações causais

O elemento mais nebuloso e responsável pelos debates mais acirrados em referência ao populismo penal talvez esteja relacionado aos fatores que determinaram sua eventual ascensão. A ideia de populismo penal certamente parte das reivindicações populares como sua principal causa determinante. Uma ideia de “povo” que, não raro, baseia-se na classe-média (CHELIOTIS, 2013; CHELIOTIS; XENAKIS, 2016a) e suas experiências cotidianas. E aqui reside uma das principais críticas ao conceito de populismo penal: pensar a classe-média como “motor primário” do desenvolvimento das políticas (MATTHEWS, 2002).

Para Garland (2001) e Pratt (2008), por exemplo, este movimento teria partido “de baixo para cima” (como diria Sozzo [2017a; 2017b]), estando, portanto, legitimado popularmente. Tal legitimação estaria associada à ascensão de uma “ansiedade social”, principal, mas não exclusivamente, causada pelo aumento da criminalidade (GARLAND, 2001). Outras tendências também teriam influído na suposta ansiedade social generalizada, tais como as mudanças no campo econômico, familiar, do trabalho, entre outros, englobados pela perspectiva de sociedade tardo-moderna (PRATT, 2008). Para Pratt (2007), por exemplo, o aumento da criminalidade estaria vinculado ao populismo penal apenas de modo tangencial, sendo justamente as mudanças sociais e culturais provenientes da ascensão da modernidade tardia os principais fatores envolvidos em tal processo. Tal hipótese “de baixo pra cima” pressupõe uma participação popular ativa. A este engajamento público, políticos e profissionais do sistema de justiça criminal responderiam de modo a satisfazer plenamente os anseios populares, “dando ao povo o que o povo quer”. Katherine Bckett (1997: 4) denomina tal quadro como uma hipotética “democracia plena”.

Roberts e seus colegas (2003), assim como Pratt, também recusam a ideia de que o populismo penal teria surgido como mera resposta ao aumento do crime e ao aumento

de um punitivismo do povo – inclusive, pois as regiões analisadas por eles estariam passando por um momento de redução da criminalidade registrada. Para estes autores, haveria uma exploração – pelos políticos e a partir de uma perspectiva eleitoral – da opinião pública baseada em desinformação (ver também HOUGH, 1996; HOUGH; ROBERTS, 1999). Uma opinião pública baseada em informação impediria o desenvolvimento de tais políticas com limitada utilidade social – e com excessivas desvantagens –, segundo Roberts (2007, p. 7). Para Roberts, as políticas penais originadas pelo populismo penal surgiriam a partir de uma “preocupação excessiva com a atratividade das políticas ao eleitorado; um desprezo intencional ou negligente pela evidência dos efeitos de várias políticas de justiça criminal; uma tendência a fazer suposições simplistas sobre a natureza da opinião pública, baseada em métodos inapropriados” (ROBERTS *et al.*, 2003, p. 8) – não necessariamente estando todos estes elementos presentes ao mesmo tempo.

Existem ainda outras interpretações também quanto ao próprio suposto incremento do punitivismo popular. Além do aumento da criminalidade e da ansiedade social generalizada, alega-se que uma eventual leniência excessiva de juízes e demais profissionais do sistema de justiça criminal com acusados e presos (notadamente a partir da existência de grandes espaços de discricionariedade) paralela a insuficientes níveis de ressocialização de criminosos – *nothing works* (MARTINSON, 1974) – teria produzido um grande grau de desconfiança e descrédito não apenas dos profissionais do sistema penal, mas também das instituições estatais vinculadas a este setor (ZIMRING, 2001; DZUR, 2010). O incremento da “punitividade” estaria associado, nesse sentido, à desconfiança nas instituições (LAPPI-SEPPÄLÄ, 2008).

Em outro sentido, embora acreditem de fato na existência de um “punitivismo” difundido popularmente, alguns autores apontam para uma manipulação da “opinião pública”. Há, por exemplo, quem indique um papel determinante da mídia para inflar ou inflamar os sentimentos públicos em relação à criminalidade e aos criminosos (GREEN, 2007; GOMES, 2015). Nessa hipótese, a mídia atuaria sistematicamente distorcendo informação sobre crime por meio de programas específicos, assim como distorceria a própria opinião pública seletivamente, além de reforçar medos e visões simplistas sobre as causas da criminalidade e possíveis respostas de combate ao crime, além de apelar emocionalmente para certos crimes e explorar tragédias e determinadas histórias dramáticas (cf. ROBERTS *et al.*, 2003, p. 59-92).

Além da hipótese midiática, há também autores que indicam a manipulação da opinião pública pela própria classe política. Nesse sentido, Stuart Hall e seus colegas (1978) classificam a política de Margaret Thatcher como um populismo autoritário. Esta política seria baseada na anterior formação ou produção da opinião pública para, em seguida, consultá-la. Assim, não haveria uma real participação popular na formação e construção de políticas penais. De modo semelhante, Katherine Beckett (1997) indica como a questão dos entorpecentes não era considerada pela sociedade estadunidense como um problema nos EUA, antes que o governo tivesse iniciado a famosa “guerra às drogas”

– somente 2% da população⁴. Já Máximo Sozzo (2007; 2017a; 2017b) sustenta que a ascensão de reivindicações públicas por mais punição na Argentina não aconteceria sem uma prévia experiência de soluções punitivas criadas e impostas de cima para baixo. De tal forma, não haveria o “populismo punitivo de baixo para cima” sem o prévio movimento em sentido contrário, ao menos particularmente no que se refere à realidade argentina. Por fim, seguindo ainda uma ideia de tendência imposta de cima para baixo, Loïc Wacquant (2003) argumenta que a expansão do sistema penal e o hiperencarceramento seriam parte de um modelo político neoliberal, conduzido por uma elite supranacional. Neste projeto, o endurecimento penal teria a função de resgatar a legitimidade do Estado com a classe média, que passaria também por um período de insegurança – aqui, não necessariamente vinculada ao aumento do crime, como argumentado por Garland, mas pela precarização das condições de trabalho e pela crescente onda de protestos e manifestações de movimentos sociais nos Estados Unidos (movimentos negro e feminista, por exemplo). As interpretações de Hall e Wacquant fogem, portanto, da ideia de “muita democracia” ou “democracia plena”, na qual a vontade popular é integralmente promovida – mas, é importante deixar claro, tais autores sequer sustentam a ideia de populismo penal.

De modo geral, é possível afirmar que a hipótese do populismo penal está profundamente associada ao pensamento de Durkheim (1999 [1893]; 2007 [1895]), imputando à punição um caráter primordialmente simbólico, além de condicionar o desenvolvimento do sistema punitivo à dimensão cultural da sociedade. A punição não seria nada além de um reflexo e/ou um remédio à insegurança e às ansiedades sociais.

1.4. *Fatores protetivos*

Analisar e descobrir as reais causas de qualquer fenômeno permite consequentemente revelar fatores capazes de impedir sua materialização ou ao menos conter sua perpetuação. Ao estudarem as tendências presentes no desenvolvimento do sistema de justiça criminal e das políticas penais, alguns criminólogos identificaram fatores supostamente protetivos em relação à ascensão e ao estabelecimento do populismo penal. Dentre eles, destacam-se o sistema político de consenso ou proporcional; o grau de profissionalização e burocratização dos atores e das instituições do sistema de justiça criminal; o nível de confiança nas instituições estatais e nos chamados *experts*; políticas de *Welfare*; mídia não orientada primordialmente pelo sensacionalismo; e a existência de experiências autoritárias prévias. Estes mesmos autores ressaltam que, embora tais elementos sejam apontados como “protetivos”, eles não representam uma garantia absoluta de neutralização.

4. David Garland (2018, p. 23-25) e Forman Jr. (2017), em direção oposta, apontam outra perspectiva, na qual a guerra às drogas teria surgido com amplo suporte popular, inclusive por líderes comunitários e representantes políticos de afro-americanos.

Em relação ao sistema político, alguns autores compararam dois modelos diferentes, o “sistema político de conflito” (TONRY, 2007) ou “majoritário” (TONRY, 2008) com o “sistema político de consenso” (TONRY, 2007) ou “proporcional” (LACEY, 2008). O primeiro modelo é caracterizado basicamente pela existência de dois grandes partidos que disputam entre si e “o vencedor leva tudo”, sendo governado praticamente por um único partido, com nenhuma ou pouca colaboração e aliança entre os partidos, e também marcado por drásticas rupturas de projetos políticos associados ao partido rival. Trata-se do modelo político estadunidense, o qual, segundo tais autores, propiciaria a proposição e a realização de políticas mais extremas e populistas. O segundo modelo se caracteriza pelo pluripartidarismo, pela realização de eleições proporcionais, por governos de coalisão e por continuidades políticas. Este modelo demandaria mais negociação entre partidos, de modo a atingir interesses de distintos setores da sociedade, reduzindo, consequentemente, a margem para aplicação de medidas extremistas e populistas.

Porsuaveza, o grau de profissionalização e burocratização no sistema de justiça criminal seria outro importante elemento para neutralizar a influência do punitivismo popular nas decisões tomadas no interior do sistema de justiça criminal (SAVELSBERG, 1999; LAPPI-SEPPÄLA, 2006; PRATT, 2007; LACEY, 2008; CAVADINO; DIGNAN, 2011; DZUR *et al.*, 2016). Nesse sentido, (novamente) o modelo estadunidense, no qual juízes e promotores são eleitos democraticamente, aproximaria a conduta e as decisões de tais atores ao comportamento e às pressões populares. Haveria uma relação de escrutínio democrático e avaliação popular da atuação de juízes e promotores, o que os levaria a ceder ou direcionar suas decisões de acordo com a opinião pública. Por outro lado, países onde juízes e promotores são profissionais de carreira, não eleitos, tecnocratas altamente especializados, independentes e com estabilidade profissional, estariam mais protegidos do populismo penal, na medida em que tais burocratas estariam distantes de influências políticas e expectativas públicas. John Pratt (2007, p. 160-161) exemplifica esta conjuntura com a realidade alemã. Há, de todo modo, visões alternativas que apontam certa “fé cega” no suposto caráter progressista, tolerante e liberal dessas elites penais (SHAMMAS, 2016). Por um lado, a existência de uma elite intelectualizada no controle de tomadas de decisão não é necessariamente sinônimo de políticas progressistas e tolerantes no que se refere à questão criminal.⁵ Por outro, a participação do público no sistema de justiça criminal não necessariamente levaria à expansão e ao endurecimento da punição, como é o caso da justiça restaurativa (DZUR, 2010; 2012; BRAITHWAITE, 2002; GIAMBERARDINO, 2014). Além disso, seriam justamente a desinformação sobre crime e a punição os elementos responsáveis pela redução da tolerância pública diante de infratores. Conforme indicado por Roberts e outros (2003, p. 93-106), quanto mais conhecimento e informação acerca de casos concretos, mais a opinião do público comum se torna moderada e se aproxima das decisões de juízes. Não por outra razão, Albert Dzur (2010; 2012) sustenta que a ampla participação

5. Nesse sentido, pensar no papel desempenhado por intelectuais na Alemanha nazista (INGRAO, 2015).

pública nas instituições promoveria um elevado grau de responsabilização generalizada, aumentando paralelamente a existência de espaços democráticos e a moderação referente à punição. O “giro punitivo”⁶ seria, portanto, não fruto de um “excesso” de democracia, mas justamente seu oposto (DZUR, 2010; 2012).

Igualmente, o nível de confiança nas instituições estatais relacionadas ao sistema de justiça criminal também funcionaria para minimizar a pressão popular nos atores do sistema penal. Lappi-Seppälä (2006) pode notar esta relação ao analisar a considerável redução do uso da punição na Finlândia.

As políticas de Welfare também cumpririam um importante papel na contenção da expansão do sistema penal e da ascensão de políticas penais populistas. Para além de interpretações consideradas mais “mecânicas”, as quais relacionam o aumento do investimento público em políticas de segurança e atividades de repressão com a redução do investimento em políticas sociais e vice-versa (BECKETT; WESTERN; 2001; WACQUANT, 2003; CAVADINO; DIGNAN, 2006), a provisão de políticas de Welfare produziria também uma alteração cultural na sensibilidade e organização pública, de modo que ninguém se sentiria, estaria ou deveria estar excluído da sociedade. De tal forma, políticas públicas de assistência social estimulariam relações sociais pautadas mais em tolerância e inclusão do que em repressão e exclusão.

De modo semelhante aos elementos até aqui indicados, uma mídia menos sensacionalista, orientada mais pelo dever de informar e menos pela necessidade de vender, contribuiria para a neutralização do crescimento de anseios populares punitivos e de respostas de atores do sistema penal influenciados por pressões populares. Nesse sentido, David Green (2007) comparou o tratamento midiático dado a casos de homicídios de criança cometido também por crianças na Inglaterra e na Noruega. Em tal circunstância, a mídia inglesa, sensacionalista, que distorce a realidade e é conduzida fundamentalmente pela busca por lucro, teria inflamado a população e influenciado a própria atuação dos profissionais do sistema penal em uma direção mais punitiva. O mesmo não teria acontecido na Noruega, cuja mídia não apelava ao jornalismo sensacionalista.

Finalmente, Joachim Savelsberg (2011) ressalta a influência de experiências históricas locais nas sensibilidades culturais enraizadas, e o modo como tais sensibilidades afetariam diretamente as decisões políticas e jurídicas dos profissionais do sistema de justiça criminal, bem como a formação cultural popular e a reação particular de um povo diante de tais decisões. O autor utiliza os casos do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália como contingências históricas responsáveis por afetar profundamente as sensibilidades culturais e a memória de tais populações, consequentemente produzindo, em certa medida, uma perda de legitimidade popular do uso da força pelo Estado em ambos os países.

Salienta-se, novamente, que a existência de tais fatores, em conjunto ou isoladamente, não necessariamente determina a neutralização da ascensão do populismo penal.

6. Sobre tal conceito, ver mais em Dal Santo (2018; 2019).

2. A REALIDADE BRASILEIRA

Devidamente apresentados alguns pressupostos teóricos centrais à hipótese do populismo penal, passa-se então a uma análise específica referente à realidade brasileira, na medida em que, conforme apontado no capítulo acima, tal hipótese foi inicialmente formulada para representar uma tendência até então supostamente existente em países anglófonos.

É certo que o Brasil tem passado, há aproximadamente três décadas, por um período de expansão punitiva. É certo também que fatores como a globalização, o colonialismo, o imperialismo e a dependência (cf. DEL OLMO, 1981; COHEN, 1982; CASTRO, 1987; PAVARINI, 2002; AGOZINO, 2003; BOSWORTH; FLAVIN, 2007; NELKEN, 2011; FONSECA, 2012; CARRINGTON *et al.*, 2017; DAL SANTO, 2018) afetam a importação de políticas criminais e estratégias de controle do crime. Isso não significa que necessariamente as mesmas tendências e forças que determinam o desenvolvimento do sistema de justiça criminal em um lugar se reproduzem ou reproduzirão integralmente em outro.

Nessas condições, não obstante seja frequente a associação entre populismo penal e as transformações no sistema penal brasileiro, esta vinculação merece ser mais bem explorada. Como se pôde constatar até aqui, o populismo penal se estrutura a partir de atividades em três diferentes instâncias: do povo, da classe política e dos profissionais do sistema de justiça criminal.⁷ Não por outra razão, estas três distintas instâncias serão abordadas de modo específico a seguir.

2.1. *Um povo mais punitivo?*

Caso a hipótese de Savelsberg referente a experiências autoritárias estivesse certa, a população brasileira teria o rechaço ao uso da força pelo Estado como uma característica marcante de sua “sensibilidade cultural enraizada”. Isto porque o Brasil viveu um recente período de autoritarismo, sob o terrorismo de Estado de uma ditadura militar entre os anos 1964 e 1985. No entanto, é justamente após o período de democratização que se pôde verificar uma acelerada ampliação do sistema penal no Brasil, notadamente observada pelo incremento das taxas de encarceramento, mas não só dele (cf. DAL SANTO, 2018). Como indicado por Cheliotis e Xenakis (2016b, p. 290), às vezes “o legado do autoritarismo pode muito bem ser mais autoritarismo”⁸.

7. Tal divisão tem caráter meramente analítico, de modo a facilitar a ênfase em específicos momentos, relações e atores. Isto não implica, portanto, considerar tais instâncias como dissociadas. Pelo contrário, é certo que o político, o jurídico e o público são profundamente vinculados. O estudo de Zaffalon (2017), por exemplo, escancara as íntimas relações entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo no estado de São Paulo.

8. Ver também Brandariz García 2016 e Tripkovic, 2016.

Não raro, sustenta-se que, no Brasil, o aumento da criminalidade urbana após a redemocratização teria sido efetivamente percebido pela população brasileira, o que teria provocado um aumento do medo do crime socialmente difundido e, conseqüentemente, o Estado brasileiro teria endurecido as políticas de combate ao crime justamente como mecanismo de restituição de legitimidade e reafirmação do Estado (CHEVIGNY, 2003; BATISTA, 2004; AZEVEDO, 2009; FONSECA, 2012; CARVALHO, 2015).

Há, em sentido diverso, quem interprete o aumento do medo do crime no Brasil não como reflexo direto do aumento da criminalidade, mas como fruto de uma manipulação da insegurança, promovida conjuntamente pelo Estado e pela mídia (cf. PASTANA, 2003; BENEVIDES, 1983). Teria ocorrido uma verdadeira “utilização político-ideológica da violência” (PASTANA, 2003, p. 45) após certa perda de apoio popular da classe média ao regime militar e início do processo de redemocratização. Embora não seja a interpretação prevalecente, esta também é uma hipótese plausível, na medida em que o aumento da insegurança subjetiva não obrigatoriamente acompanha o aumento material da criminalidade (GAROFALO, 1981; HALE, 1996; VIANELLO; PADOVAN, 1999; ROBERTS *et al.*, 2003; GIAMBERARDINO, 2015). Ademais, é inquestionável o fato de que a mídia é capaz de definir pautas do debate público e, ainda que não crie fatos inexistentes,⁹ pode efetivamente alterar a dimensão de fenômenos reais¹⁰ e até mesmo influenciar a opinião pública em relação às possíveis respostas à criminalidade.¹¹

De todo modo, pesquisas indicam que o medo do crime atualmente representa uma percepção subjetiva difusa no Brasil. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016), 76% dos brasileiros têm medo de morrer assassinado; 65% têm medo de ser vítima de violência sexual; 85% têm medo de ser vítima de violência por parte de criminosos; 59% têm medo de ser vítima de violência causada pela Polícia Militar; 70% acreditam que as polícias exageram no uso da violência e; 57% concordam com a frase “bandido bom é bandido morto”. Evidentemente, trata-se de um quadro generalizado, que, quando mais bem definido (por exemplo, por meio de recortes de classe, de raça e/ou de gênero), apresenta certas variações.¹²

9. Em épocas em que a *fake news* é apontada como fator importante nas eleições presidenciais dos EUA (EL PAÍS, 2018a) e do Brasil (EL PAÍS, 2018b), bem como na votação do Brexit (EL PAÍS, 2016), não se deve duvidar dos limites do uso de informações falsas para intencionalmente manipular pessoas.

10. Nesse sentido, Emma Bell (2009, p. 198) ressalta o elevado medo popular da violência cometida com a utilização de faca no Reino Unido, quando, na prática, sua ocorrência é incomum. Igualmente, Boris Fausto (1984, p. 144) indica a distorção da realidade causada pela mídia já em 1890, quando assaltos cometidos à mão armada por autoria desconhecida eram ressaltados, embora o uso de violência em subtrações naquele período histórico era fundamentalmente raro.

11. Com isso, não se pretende afirmar – de forma alguma – que o povo seja irracional e reproduza integralmente o que é retratado pela mídia.

12. Para mais detalhes, ver o relatório completo do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016).

Se o medo do crime é uma realidade na sociedade brasileira contemporânea, esta não representa uma característica nova no país (cf. FAUSTO, 1984; BATISTA, 2004, p 123). No entanto, a ampliação do uso da punição nem sempre se transformou em uma resposta política concreta. Por que, nesse sentido, a demanda popular por mais punição vigoraria em específicos momentos e seria simplesmente ignorada (ou não “aproveitada”) em outros?

Além disso, é importante ressaltar que o medo do crime não produz mecanicamente um clamor popular por mais punição quantitativa ou qualitativamente. Destaca-se, nessa conjuntura, o resultado de recente pesquisa realizada sobre violência e apoio ao autoritarismo no Brasil. Novamente, conforme apontado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017), a ampla maioria dos entrevistados (71%) concorda com a afirmação de que “melhorar as condições das prisões brasileiras é fundamental para reduzirmos o poder das facções e do crime organizado”.

Este cenário claramente representa um contexto ambivalente e contraditório. A maioria dos brasileiros acredita que bandidos devem ser mortos, ao mesmo tempo em que concorda com a necessidade de melhoria das condições de cumprimento de pena em presídios como meio de neutralização de facções criminosas e do crime organizado. Ademais, conforme sustentado por Roger Matthews (2002), os métodos – tanto de produção, quanto de avaliação – de pesquisas de opinião pública são problemáticos. Por tais motivos, há que se ir além de tais pesquisas para melhor avaliar a atitude popular diante das questões do crime e da punição.

A análise sobre eleições políticas fatalmente podem contribuir para este debate. Isto, no entanto, será feito no sub tópico subsequente. Por enquanto, será destacado o resultado de uma consulta pública sobre o possível armamento da Guarda Municipal em Niterói/RJ. Inicialmente, sabe-se que este caso representa apenas um caso específico e não deve, portanto, ser considerado um reflexo perfeito da realidade brasileira completa. Dito isto, destaca-se que esta consulta pública, realizada em 29 de outubro de 2017, teve como resultado a recusa pelo armamento da Guarda Municipal, com um número de votos 2,5 vezes maior do que a opção favorável ao armamento (13.478 a 5.478 votos).¹³ Contudo, o que chama ainda mais atenção do que a própria recusa popular pelo endurecimento da política de segurança pública é justamente o fato de que aproximadamente 95% dos eleitores deixaram de participar do processo decisório (apenas 18.956 pessoas, entre pouco mais de 370 mil, votaram).

A experiência acima retratada indica claramente um quadro de indiferença, desinteresse e apatia popular diante da possibilidade concreta de ser parte do processo de tomada de decisão sobre políticas de segurança pública. Este fato contraria a hipótese de que o desenvolvimento do sistema penal estaria sendo conduzido por uma política de democracia plena, na qual a opinião pública e a pressão popular se transformariam em políticas materializadas. Em sentido oposto, indica justamente um quadro de déficit democrático

13. Disponível em: [<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/moradores-dizem-nao-ao-uso-de-armas-pela-guarda-municipal-de-niteroi-rj.ghml>].

(DZUR, 2010; 2012), de completa ausência de engajamento e participação pública em decisões políticas na sociedade brasileira.¹⁴

Por fim, há outra característica da população brasileira – agora particularmente da população pobre – extremamente compatível com as características acima indicadas. Alguns autores, como Gabriel Feltran (2011) e Luiz Antonio da Silva e Márica Pereira Leite (2007), verificaram que, não raro, moradores de favelas criticam menos a violência policial em si, e mais a falta de seletividade pela qual ela se aplica. Isto é, a violência, em sua essência, não é o que causa revolta ou repulsa. A questão que importa é a quem ela é imposta. Em qualquer medida, próximos a essa ideia, trabalhos históricos no Brasil apontam como a violência constituía elemento comum da sociabilidade brasileira (FAUSTO, 1984; FRANCO, 1997; TELES; SAFATLE, 2010), o que pode ser extraído inclusive pela constante presença de linchamentos, como meio de “justiça popular”, ao longo da história do Brasil (SINHORETTO, 2002; MARTINS, 2015).

Os elementos apresentados neste sub tópico indicam um quadro muito mais complexo do que a mera e simplista existência de um “povo” menos tolerante que clama por mais e mais punição. Em sentido diverso, além de não existir *uma* opinião pública padronizada, as opiniões e as atitudes dos indivíduos são ambivalentes e contraditórias. Mais relevante do que o suposto punitivismo popular, há que se destacar o provável déficit democrático existente na sociedade brasileira, formada por “cidadãos” indiferentes, desinteressados e apáticos, com pouco ou qualquer engajamento para a participação na tomada de decisões políticas. Um povo que pode eventualmente se mobilizar, mas não necessariamente se organizar. Por fim, um povo passivo até mesmo diante da violência – desde que não o atinja.

2.2. Utilização política do medo e da guerra ao crime?

O uso político da criminalidade com fins de vantagem eleitoral é amplamente sustentado no Brasil. As eleições de 2018 certamente serão utilizadas para exemplificar esta conjuntura, na medida em que diversos políticos – presidente, governadores, senadores, deputados federais e estaduais – se elegeram amparados em um discurso (fortemente moralizado) de endurecimento de políticas de segurança pública. Tenha-se como exemplo o caso de Bolsonaro no país, de João Dória em São Paulo e de Wilson Witzel no Rio de Janeiro. Trata-se de políticos cujos discursos se pautaram não apenas na ampliação da punição e na deterioração das condições de cumprimento de pena, mas inclusive, numa

14. O que também pode ser corroborado, de maneira mais ampla, pelo elevado número de abstenções nas eleições presidenciais de 2018, representando 21,3% do eleitorado apto a votar no segundo turno. Somado às taxas de nulos e brancos, tal índice equivale a 30,8%. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/28/percentual-de-voto-nulo-e-o-maior-desde-1989-soma-de-abstencoes-nulos-e-brancos-passa-de-30.ghtml]. Acesso em: 24.05.2019.

suposta ideia de concessão de “carta branca” aos policiais para matar bandidos e suspeitos. Voltaremos nesse ponto posteriormente.

Inicialmente, convém apontar o principal caso mencionado para demonstrar a materialização do populismo punitivo no Brasil: a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Esta lei de fato representa uma virada punitiva brasileira nos anos 1990, tendo surgido inclusive apoiada pela mídia. Seu projeto foi “elaborado” pelo deputado (Roberto Jefferson) relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, o qual se baseou também em um projeto elaborado e proposto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Para sancioná-la, houve também um veto parcial do então presidente Fernando Collor. Não se pode alegar, portanto, o afastamento de *experts* e da participação da elite política, nem a predominância da participação pública neste caso.

Posteriormente, após a ocorrência de uma *high-profile tragedy* (cf. ROBERTS *et al.*, 2003, p. 59), esta Lei foi ampliada com enorme apoio popular. É certo que este cenário, amparado em uma relação entre políticos, mídia e povo, impactou direta e profundamente no aumento da população prisional e no agravamento das condições de cumprimento de pena (cf. DAL SANTO, 2018). No entanto, entre o surgimento da Lei dos Crimes Hediondos e a ampla eleição de políticos “punitivistas”, há um espaço de quase 30 anos que não deve ser ignorado.

É equivocado compreender o crime como um elemento central ao exercício do poder político de modo sistemático no Brasil, tal qual retratado por Simon (2007) em relação à democracia estadunidense. Desde a redemocratização, diversos assuntos como a ampliação de direitos sociais e políticos, a crise econômica, o desemprego, a hiperinflação, a fome, a extrema pobreza, a desigualdade social e até mesmo a contenção da violência estatal foram pautados e postos como elementos de primeira importância. Na dimensão da linguagem, desde a disputa eleitoral de 2002, até a de 2014, os presidentes eleitos se pautavam mais em discursos voltados ao plano social, estando a questão da segurança pública em segundo plano (cf. AZEVEDO; CIFALI, 2016). Ainda, a política criminal dos políticos vencedores não se caracterizava primordialmente pelos modelos de tolerância zero, de *prison works!* ou *lock them up!*, aos quais se direcionam aos membros de grupos sociais marginalizados. De modo distinto, tais projetos se voltavam antes ao combate a crimes praticados contra movimentos sociais e direitos humanos, à impunidade de organizações criminosas e até mesmo ao controle do abuso da violência estatal (AZEVEDO; CIFALI, 2016, p. 41-42). Em relação à implementação de políticas públicas, mais recursos foram destinados a políticas sociais do que a atividades de repressão (DAL SANTO, 2018).

Há que se destacar, também, o modelo de sistema político brasileiro, próximo à ideia do modelo “proporcional” referido no primeiro tópico e considerado por diversos autores como um fator protetivo em relação ao populismo penal. No plano prático, os governos presidenciais têm se caracterizado por promover governos de coalisão (AZEVEDO; CIFALI, 2016).

No plano legislativo, embora as propostas de leis penais punitivas entre 1989 e 2006 tenham tramitado, em regra, de modo mais acelerado do que as leis penais ampliadoras

de direitos (CAMPOS, 2010), é possível sustentar que a política criminal legislativa em tal período é mais bem identificada pela coexistência de normas que visam à criminalização e ao agravamento de penas,¹⁵ e normas descriminalizantes e de efetivação de direitos e garantias do preso e/ou do acusado (CAMPOS, 2010; VER TAMBÉM SOZZO, 2017c). Ademais, a formulação de tais políticas teve como base tanto a participação de ativistas de movimentos sociais, quanto de pesquisadores e profissionais do Estado (CIFALI, 2016), novamente rechaçando a hipótese de predominância do povo em detrimento dos experts no processo de criação de leis.

Retomando o aspecto eleitoral, especialmente em relação à última eleição presidencial, chama atenção o fato de que o eleitorado das regiões mais pobres e com maiores índices de homicídio – notadamente dos estados do Nordeste – foi justamente aquele que majoritariamente optou pelo candidato do Partido dos Trabalhadores, historicamente mais associado a políticas sociais, recusando o candidato caracterizado pelo punitivismo e pela repressão. Aqui, abre-se margem a uma hipótese: talvez seja efetivamente a classe média o principal setor a priorizar discursos focados na questão da segurança pública. Isto se explicaria também pela mera relação cliente-fornecedor. Embora o controle do crime passe por uma tendência de privatização (cf. CHRISTIE, 1998 [1993]; GARLAND, 2001), este ainda representa um setor do qual a classe média se beneficiaria (ou “consumiria”), se comparado a outros setores, como, por exemplo, educação e saúde, na medida em que a classe média, não raro, busca a utilização de serviços privados nestes dois últimos setores – escolas e planos de saúde particulares.¹⁶

Finalmente, em relação à hipótese de democracia plena, na qual a classe política seguiria à risca a eventual “opinião pública”, vale destacar que, embora aleguem atuar direcionados pelo clamor popular, como no caso do *impeachment* da então presidente Dilma,¹⁷ este não é o verdadeiro condutor da ação dos políticos. Caso contrário, os mesmos deputados que votaram a favor do *impeachment* de Dilma votariam pelo recebimento das denúncias apresentadas pela PGR, na medida em que esta também era uma pauta popular.¹⁸ Ou, ainda, não votariam a favor das propostas de reforma trabalhista,

15. Deve-se destacar que entre as normas de criminalização estão também aquelas relacionadas à violência doméstica, à redução à condição análoga à de escravo, à pornografia infantil, violência contra idosos, contra o meio ambiente, contra os direitos humanos, isto é, não necessariamente condutas que criminalizam a histórica clientela do sistema penal, mas que em tese protegeriam setores mais vulneráveis da sociedade. Ademais, muitas normas criminalizantes não produziram efeito material, limitando-se a seu caráter simbólico de lei.

16. Esta hipótese ainda se limita a um plano intuitivo, carecendo de maiores análises e verificações empíricas. Portanto, ainda merece (e deve) ser mais bem desenvolvida.

17. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/brasil/confira-as-justificativas-de-cada-senador-na-votacao-do-impeachment-19279942>].

18. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/politica/temer-tem-a-pior-aprovacao-desde-o-fim-da-ditadura-diz-ibope].

de congelamento de investimento público em saúde e educação e de aumento de salário dos ministros do STF, uma vez que estas não são pautas populares e deram causa a manifestações populares requerendo suas respectivas recusas.¹⁹ A utilização do “clamor público” como justificativa para tomada de ações será mais bem analisada no sub tópico a seguir, ao passo em que isto acontece igualmente na atuação de profissionais do sistema de justiça criminal.

2.3. *Elite penal leniente e tolerante?*

Conforme demonstrado neste trabalho, além do comportamento da população de modo geral e da atuação de políticos, o papel dos profissionais do sistema de justiça criminal é também de suma importância na materialização do populismo penal, uma vez que o exaurimento ou a realização de tal tendência não se configura de modo limitado à esfera discursiva ou ao plano simbólico. Até porque, assim como revelado por Máximo Sozzo (2017c), ao mesmo tempo em que o Brasil é responsável pelos maiores índices de severidade penal “nos fatos” (medidos a partir das taxas de encarceramento) na América Latina, o país é também aquele com níveis mais baixos de severidade penal “nas palavras” ou “nos livros” (quando analisadas a quantidade mínima e máxima de pena prevista para os mesmos delitos). Portanto, conforme sustentado inclusive pelo próprio David Garland (2018, p. 23), é de fundamental importância compreender a conduta dos atores envolvidos nas tomadas de decisões no sistema de justiça criminal.

Diferentemente de juízes e promotores dos Estados Unidos, esta classe burocrata não é eleita democraticamente no Brasil. Para ascender a tais cargos, deve-se necessariamente passar por concursos públicos²⁰ e, a partir do eventual êxito, segue-se uma carreira estável e protegida, marcadas, por exemplo, pelas garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade, tornando-os, em tese, menos suscetíveis a influências políticas e pressões populares. Trata-se de profissionais independentes, que não dependem do crivo popular e não devem prestar contas à população ou à classe política. Portanto, observa-se novamente um excelente fator protetivo na realidade brasileira.

19. Sobre a reforma trabalhista, disponível em: [www.poder360.com.br/brasil/centrais-realizam-greve-geral-contra-reforma-trabalhista-nesta-6a/]; sobre a PEC do teto dos gastos, disponível em: [<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/11/ato-contra-pec-do-teto-de-gastos-reune-10-mil-em-frente-ao-congresso.html>]; sobre o reajuste de salários do STF, verificar em: [<https://jovempan.uol.com.br/noticias/politica/peticao-contra-reajuste-de-salarios-do-stf-passa-de-23-mi-de-assinaturas.html>].

20. Ao menos no que se refere a cargos iniciais, de primeiro grau de jurisdição. A ascensão às instâncias superiores, no entanto, é realizada mediante indicações políticas. A ambição profissional pode levar, nesse sentido, à tomada de decisões jurídicas influenciadas por pressões políticas – o que não está diretamente associado ao interesse e à opinião públicos.

Ademais, a estrutura do sistema de justiça criminal, composta por quatro “instâncias” (dois graus de jurisdição, além das Cortes Superiores), facilitaria a neutralização da influência de pressões populares em decisões jurídicas, uma vez que os processos criminais passam por diferentes mãos e, ao chegar às instâncias superiores, a decisão é tomada por uma turma de magistrados – uma decisão colegiada, e não singular –, dividindo responsabilidades e não acumulando o poder decisório em um único juiz.

De todo modo, duas circunstâncias merecem ser compreendidas: a existência de importantes definições jurídicas manifestadamente justificadas pelo interesse ou clamor público; e o eventual caráter moderado, tolerante e leniente que uma suposta classe composta por profissionais tecnocratas e especializados tomaria diante de grandes espaços de discricionariedade.

Um primeiro exemplo é capaz de reunir as duas circunstâncias alegadas em uma única situação: a prisão preventiva. Embora a Lei 12.403/2011 tenha acrescentado diversas medidas cautelares como alternativa à prisão preventiva (atualmente, os artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal oferecem dez medidas cautelares distintas da prisão), isto parece não ter surtido efeito. Em sentido contrário, o número de presos provisórios no Brasil cresce em uma intensidade superior à do crescimento do número de presos definitivos. Nesse sentido, enquanto o percentual de presos provisórios não atingia 1/3 da população prisional brasileira até 2002 (CIFALI, 2016, p. 288), esta categoria de presos representa hoje 40% da totalidade de presos no país (MJSP, 2017, p. 13). Não obstante exista a necessidade de fundamentação das decisões jurídicas, a decretação da prisão preventiva deve ser justificada pela “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houve prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, como previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal. Em razão da excessiva margem à discricionariedade, não raro, a prisão preventiva, na prática, se justifica pelo “clamor popular” como conceito supostamente incorporado pelo (excessivamente) abstrato conceito de “ordem pública”. No entanto, a opinião pública é utilizada apenas quando conveniente. Caso contrário, casos como de ejaculadores em transporte público,²¹ casos de denúncias contra o senador Aécio Neves²² ou o caso da Samarco na cidade de Mariana/MG,²³ por exemplo, não restariam impunes até hoje.

21. Disponível em: [<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/justica-manda-soltar-homem-que-asse-diou-mulher-em-onibus-e-tem-5-passagens-por-estupro.ghml>]; Disponível em: [<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/juiz-manda-soltar-homem-que-ejaculou-em-mulher-em-onibus-na-zona-leste-de-sp.ghml>].

22. Disponível em: [<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/04/17/reu-por-corrupcao-aecio-e-alvo-de-outras-8-investigacoes-no-stf.htm>].

23. Disponível em: [<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/processos-e-acordos-marcam-30-meses-do-desastre-da-barragem-de-mariana.ghml>].

O segundo exemplo, embora não englobe a opinião pública, envolve diretamente a atuação dos profissionais da justiça criminal diante de margens de discricionariedade, bem como o resultado de mais punição após uma alteração de lei não necessariamente mais punitiva. Trata-se do caso da Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

Em que pese tenha de fato aumentado a previsão de pena mínima para o crime de tráfico de drogas (de três para cinco anos), a Lei 11.343/06 determinou apenas medidas de prevenção ao uso de drogas, não possibilitando a aplicação de pena de prisão em tais casos. No entanto, o que determinará o enquadramento legal de uma situação concreta é justamente a avaliação subjetiva do juiz a partir da “natureza e [d]a quantidade da substância apreendida, [d]o local e [d]as condições em que se desenvolveu a ação, [d]as circunstâncias sociais e pessoais, bem como [d]a conduta e [d]os antecedentes do agente”. Trata-se indubitavelmente de um movimento contrário à tendência populista punitiva que busca reduzir os espaços de discricionariedade do juiz. No Brasil, aumentar a margem de discricionariedade dos agentes do sistema penal produz o aumento do uso da punição e da repressão,²⁴ distantes de qualquer ideário moderado, tolerante e leniente, voltado ao ideal de reabilitação.

Ademais, ao considerar o perfil socioeconômico de juízes e promotores (VIANNA, *et. al.* 1997; CNJ, 2014; LEMGRUBER *et. al.*, 2016; DAL SANTO, 2018), pode-se constatar que esta classe burocrata é majoritariamente tudo que não moderada, tolerante e leniente. Portanto, apesar de justificarem algumas de suas posições mais punitivas pelo suposto clamor público, pode-se sustentar que este é um uso meramente narcisista (cf. CHELIOTIS, 2010) e ideológico, na medida em que suas reais motivações estão encobertas (ŽIŽEK, 1996 [1994]) – isto é, ainda que essa fosse, de fato, a opinião majoritária do povo. Portanto, como diria Žižek (1996 [1994], p. 14), “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo”.

CONCLUSÃO

A expansão da punição no Brasil é uma realidade inquestionável. De igual forma, não se contesta a participação da classe política, da mídia e profissionais do sistema de justiça criminal neste processo. Isso, no entanto, está longe de significar que o populismo penal seja a grande determinação causal do encarceramento em massa no Brasil, muito menos que as eventuais ascensões da intolerância popular contra a criminalidade e da consequente demanda popular por mais punições sejam os motores de tal tendência.

24. O tráfico de drogas hoje representa o crime que mais leva pessoas ao cárcere (MJSP, 2017), correspondendo a quase 30% da população prisional total. Em 2005, antes da nova Lei de Drogas, pouco mais de 30.000 pessoas se encontravam presas por tal crime (AZEVEDO; CIFALI, 2016). Em 2016, mais de 176.000 pessoas estavam encarceradas pelo mesmo motivo (MJSP, 2017).

Para além da hipótese de democracia plena, justamente a completa ausência de engajamento político e de participação pública nos processos de tomada de decisão permitem que o excesso punitivo e a violência permaneçam constituindo a sociedade brasileira, em um claro quadro de déficit democrático.

Nesse sentido, a verificação de diversos “fatores protetivos” à ascensão do populismo penal na política criminal é pouco ou nada relevante na realidade brasileira. Precisamente em razão da expansão da punição não ser reflexo de mobilização pública por mais e mais punição – ainda que este público, de modo geral, não se contraponha a tal incremento punitivo. Não se contrapor não corresponde a demandar. No entanto, em um cenário de inércia difusa, membros da elite penal – juízes e promotores – são capazes de intencionalmente promover a expansão do sistema punitivo, inclusive utilizando margens à discricionariedade para tanto.

Logo, ainda que se observem casos particulares de algum modo conectados à hipótese do populismo penal no Brasil e com efeitos materiais concretos, não limitados meramente a dimensões simbólicas e/ou discursivas, estes possuem caráter de excepcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGOZINO, Biko. *Counter-colonial criminology: a critique of imperialist reason*. London: Pluto Press, 2003.
- AZEVEDO, Rodrigo G. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 3: 4, março/abril, 2009, p. 94-113.
- AZEVEDO, Rodrigo; CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, política criminal y penalidad en Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades. In: SOZZO, Máximo [org.]. *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Delito y Sociedad, v. 1, n. 20, 2004, p.119-126.
- BECKETT, Katherine. *Making crime pay: Law and Order in contemporary American politics*. New York: Oxford University Press, 1997.
- BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing social marginality: welfare, incarceration, and the transformation of State policy. *Punishment & Society*, v. 3, n. 1, 2001, p. 43-59.
- BELL, Emma. *Criminal Justice and neoliberalism*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.
- BENEVIDES, Maria Victoria. *Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário da imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. 'An enduring sovereign mode of punishment: Post-dictatorial penal policies in Spain'. *Punishment & Society*, v. 20, n.3, 2016, p. 308-328.
- BOSWORTH, Marry; FLAVIN, Jeanne. Introduction: race, control and punishment: from colonialism to the global war on crime. In: BOSWORTH, Marry; FLAVIN, Jeanne. *Race, gender and punishment: from colonialism to the war on terror*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2007, p. 1-12.
- BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing. In: CLARKSON, C.; Morgan, R. [org.]. *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon, 1995.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- CARDOSO, Luciana Zaffalon. *Uma espiral elitista de afirmação corporativa: Blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo). São Paulo: FGV, 2017.
- CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Southern criminology. *British Journal of Criminology*, 56: 1, January 2016, p. 1-20.
- CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, 2015, p 623-652.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1987.
- CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. Penal policy and political economy. *Criminology & Criminal Justice*, v. 6, n. 4, p. 435-456, 2006.
- CAVADINO, Michael; DIGNAN, James. Penal comparisons: puzzling relations. In: CRAWFORD, A. (Org.). *International and comparative criminal justice and urban governance: convergence and divergence in global, national and local settings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 193-213.
- CHELIOTIS, Leonidas. Governare attraverso lo specchio: neoliberalismo, managerialismo e psicopolitica del controllo della devianza. *Studi sulla questione criminale*, v, n. 3, 2010, p. 47-94.
- CHELIOTIS, Leonidas. Neoliberal capitalism and middle-class punitiveness: bringing Erich Fromm's 'materialistic psychoanalysis' to penology. *Punishment & Society*, v. 15, n. 3, 2013, p. 247-273.
- CHELIOTIS, Leonidas; XENAKIS, Sappho. The moral psychology of penal populism. In Jacobs, Jonathan; Jackson, Jonathan [org.], *The Routledge Handbook of Criminal Justice Ethics*. Abingdon: Routledge, 2016a, p. 176-189.
- CHELIOTIS, Leonidas; XENAKIS, Sappho. Punishment and political systems: State punitiveness in post-dictatorial Greece. *Punishment & Society*, v. 18, n. 3, 2016b, p. 268-300.

- CHEVIGNY, Paul. The Populism of fear: politics of crime. In: Americas. *Punishment & Society*, v. 5, n. 1, 2003, p. 77-96.
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998 [1993].
- CHRISTIE, Nils. *A Suitable Amount of Crime*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2004.
- CIFALI, Ana Claudia. *A política criminal brasileira no governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário*. São Paulo: IBC-CRIM, 2016.
- COHEN, Stanley. Western crime control models in the Third World: benign or malignant? *Research in Law, Deviance and Social Control*, v. 4, 1982, p. 85-119.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. *Censo do Poder Judiciário: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.
- DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Prospettiva postcoloniale sulla economia politica della pena: la svolta punitiva in Brasile*. Dissertação (Mestrado em Criminologia Crítica e Segurança Social) – Università degli Studi di Padova: Pádua; Università di Bologna: Bolonha, 2018.
- 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, n. 151, 2019, p. 291-315.
- DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. México: Siglo XXI, 1981.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1893].
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 3.ed. Trad. Paulo Neves; Revisão da tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1895].
- DZUR, Albert. Participatory Democracy and Criminal Justice. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, n. 2, 2012, p. 115-129.
- DZUR, Albert. The myth of penal populism: democracy, citizen participation, and American Hyperincarceration. *The Journal of Speculative Philosophy*, New Series, V. 24, N. 4, 2010, p. 354-379.
- DZUR, Albert; LOADER, Ian; SPARKS, Richard. Punishment and Democratic Theory: resources for a better penal politics. In: Dzur, Albert; Loader, Ian; Sparks, Richard [org.]. *Democratic Theory and Mass Incarceration*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 1-17.
- EL PAÍS. *Dicionário Oxford dedica sua palavra do ano, ‘pós-verdade’, a Trump e Brexit*. 17 de novembro de 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/16/internacional/1479308638_931299.html].
- EL PAÍS. *Como a desinformação influenciou nas eleições presidenciais*. 2018a. 25 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/24/internacional/1519484655_450950.html].

- EL PAÍS. *Empresas compram pacotes ilegais de envio de mensagens contra o PT no WhatsApp, diz jornal*. 2018b. 19 de outubro de 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/politica/1539873857_405677.html].
- FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- FELTRAN, Gabriel. *Fronteiras de tensão: política e violência nas periferias de São Paulo*. São Paulo: UNESP, 2011.
- FONSECA, David. Assumindo riscos: a importação de estratégias de punição e controle social no Brasil. In: Canêdo, Carlos; Fonseca, David [org.]. *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal: leituras contemporâneas da sociologia da punição*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 297-338.
- FORMAN JR., James. *Locking up our own: crime and punishment in Black America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2017.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*, n. 10. São Paulo, 2016. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf].
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias*. São Paulo: FBSP, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/FBSP_indice_propensao_apoio_posicoes_autoritarios_2017_relatorio.pdf].
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1997.
- GARLAND, David. *The culture of control*. New York: Oxford University Press, 2001.
- GARLAND, David. Theoretical advances and problems in the sociology of punishment. *Punishment & Society*, v. 20, n. 1, 2018, p. 8-33.
- GAROFALO, James. The fear of crime: causes and consequences. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 72, n. 2, 1981, p. 839-857.
- GIAMBERARDINO, André. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese (Doutorado em Direito). Curitiba: UFPR, 2014.
- GIAMBERARDINO, André. “A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 115, n. 23, 2015, p. 221-253.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GREEN, DAVID. Comparing penal cultures: child-on-child homicide in England and Norway. *Crime and Justice*, v. 36, n. 1. Crime, Punishment, and Politics in Comparative, 2007, p. 591-643.
- HALE, Christian. “Fear of crime: a review of the literature”. *International Review of Victimology*, v. 4, 1996, p. 79-150.

- HALL, Stuart; CRITCHER, Chas; JEFFERSON, Tony; CLARKE, John; ROBERTS, Brian. *Policing the crisis: mugging, the State, and Law and Order*. London: Macmillan, 1978.
- HALLSWORTH, Simon. The case for a postmodern penalty. *Theoretical Criminology*, v. 6, n. 2, 2002, p. 145-163.
- HOUGH, Mike. People talking about punishment. *The Howard Journal*, v. 35, n. 3, 1996, p. 191-214.
- HOUGH, Mike; ROBERTS, Julian. Sentencing trends in Britain: public knowledge and public opinion. *Punishment & Society*, v. 1, n. 1, 1999, p. 11-26.
- INGRAO, Christian. *Crer e destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- LACEY, Nicola. *The prisoners dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la Democracia*, n. 55, 2006, p. 15-22.
- LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Trust, welfare and political culture: explaining differences in nation penal policies. In: TONRY, Michael [org.]. *Crime and Justice: a review of reaserch*, v. 37, n. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 313-387.
- LOADER, Ian. The fall of the platonic guardians. *British Journal of Criminology*, v. 46, n. 4, 2006, p. 561-586.
- MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.
- MARTINSON, Robert. What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, Spring, 1974, p. 22-54.
- MATTHEWS, Roger. Crime and control in late modernity. *Theoretical Criminology*, v. 6, n. 2, 2002, p. 217-226.
- MATTHEWS, Roger. The myth of punitiveness". *Theoretical Criminology*, v. 9, n. 2, 2005, p. 175-201.
- MELOSSI, Dario. Il radicamento - embeddedness - culturale del controllo sociale: o della impossibilità della traduzione: riflessioni a partire dalla comparazione delle culture italiana e nordamericana in tema di controllo sociale, con alcune conseguenze per una C.D. criminologia critica. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, n. 3, 1998, p. 81-105.
- MELOSSI, Dario; SOZZO, Máximo; SPARKS, Richard. Introduction: Criminal questions: cultural embeddedness and global mobilities. In: MELOSSI, Dario; SOZZO, Máximo; SPARKS, Richard [org.]. *Travels of the criminal question*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 1-14.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (MJSP). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização – Junho de 2016*. Brasília: DEPEN, 2017.

- NELKEN, David [org.]. *Comparative criminal justice and globalization*. Farnham, UK: Ashgate, 2011.
- O'MALLEY, Pat. Volatile and contradictory punishment. *Theoretical Criminology*, v. 3, n. 2, 1999, p. 175-196.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.
- PAVARINI, Massimo. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: da 'La Rond dei carcerati' al 'Giromondo penitenziario'. *Rassegna penitenziaria e criminologia*, n. 1-2, 2002, p. 105-126.
- PAVARINI, Massimo. Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città. In: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo [org.]. *Studi di onore di Giorgi Marinucci*. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale. Milano: Giuffrè, 2006, p. 1019-1050. v.1.
- PRATT, John. *Penal populism*. London: Routledge, 2007.
- RYAN, Mick. Engaging with punitive attitudes towards crime and punishment. Some strategic lessons from England and Wales. In: PRATT, John; BROWN, David; BROWN, Mark; HALLSWORTH, Simon; MORRISON, Wayne [org.]. *The New Punitiveness*. Cullompton: Willan Publishing, 2005, p. 139-149.
- ROBERTS, Julian; STALANS, Loretta; INDERMAUR, David; Hough, Mike. *Penal Populism and Public Opinion*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- SAVELSBERG, Joachim. Knowledge, domination and criminal punishment revisited. *Punishment & Society*, v. 1, n. 1, 1999, p. 45-70.
- SALVESBERG, Joachim. Globalization and states of punishment. In: Nelken, David [org.]. *Comparative criminal justice and globalization*. Farnham, UK: Ashgate, 2011, p. 66-83.
- SHAMMAS, Victor. Penal elitism: anatomy of a professorial ideology. Trabalho apresentado na Universidade de Atenas, Grécia, 2015.
- SHAMMAS, Victor. Who's afraid of penal populism? Technocracy and 'the people' in the sociology of punishment. *Contemporary Justice Review*, v. 19, n. 3, 2016, p. 325-246.
- SILVA, Luiz Antonio Machado da; LEITE, Márcia Pereira. "Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas?" *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 22, n. 3, 2007, p. 545-591.
- SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press, 2007.
- SINHORETTO, Jacqueline. *Os justiçadores e sua justiça: linchamentos, costume e conflito*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- SOZZO, Máximo. Traduttore traditore: traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 13, 2001, p. 353-431.

- SOZZO, Máximo. “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”. *URVIO Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n. 1, Quito, 2007, p. 88-116.
- SOZZO, Máximo. Qué es el populismo penal?. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, n. 11, 2012, p. 117-122.
- SOZZO, Máximo. Más allá de la tesis de la penalidad neoliberal? Giro punitivo y cambio político en América del Sur. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 129, 2017a, p. 321-348.
- SOZZO, Máximo. “Populismo penal: historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto”. *Nova Criminis*, v. 9, n. 4, 2017b, p. 79-129.
- SOZZO, Máximo. *La inflación punitiva: un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990-2015)*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Café de las Ciudades, 2017c.
- SWAANINGEN, René Van. Reversing the punitive turn: the case of the Netherlands. In: DAEMS, Tom; ZYL SMIT, Dirk van; SNACKEN, Sonja [org.]. *European penology?* Oxford & Portland: Hart Publishing, 2013, p. 339-360.
- TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir [org.]. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- TONRY, Michael. Determinants of penal policies. In: TONRY, Michael [org.]. *Crime, Punishment and Politics in a Comparative Perspective*. Crime and Justice: a review of research, v. 36. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 1-48.
- TRIPKOVIC, Milena. ‘Beyond punitiveness? Governance of crime and authoritarian heritage in Serbia’. *Punishment & Society*, v. 20, n. 3, 2016, p. 369-386.
- VIANELLO, Francesca; PADOVAN, Dario. Criminalità e paura: la costruzione sociale dell’insicurezza”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 4, n. 1-2, 1999, p. 247-286.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria A. R.; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZIMRING, Franklin. “Populism, democratic government, and the decline of expert authority: some reflections on three strikes in California”. *Pacific Law Journal*, n. 28, 1996, p. 243-256.
- ZIMRING, Franklin. Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment. In: GARLAND, David (Org.). *Mass incarceration: social causes and consequences*. London: Sage, 2001, p. 145-149.
- ŽIŽEK, Slavoj. Introdução: o espectro da ideologia. In: Žižek, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996 [1994], p. 7-38.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003 [2002].

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas**

- 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);
- Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao estado penal brasileiro, de Hamilton Gonçalves Ferraz e Tiago Joffily – *RBCCrim* 152/383-422 (DTR\2019\90);
- Editorial dossiê "encarceramento em massa": do conceito à prática – Um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal, de Érica Babini L. do Amaral Machado – *RBCCrim* 129/17-38 (DTR\2017\392); e
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180 (DTR\2017\380).

30 ANOS DE PRISÃO É POUCO: A MÍDIA E AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 75, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL

30 YEARS OF PRISON ARE NOT MUCH: MEDIA AND PROPOSED CHANGES OF ARTICLE 75, CAPUT, OF THE PENAL CODE

RONALDO PIMENTA MENDES

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ (2017). Pós-graduando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Egresso do núcleo de pesquisas do crime e da pena da Escola de Direito de São Paulo FGV/SP (2016). Presidente da comissão de Segurança Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – 15ª subseção da seccional de Minas Gerais. Advogado criminalista.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9176-7642>
ronaldomendes.direito@gmail.com

Recebido em: 23.07.2019

Aprovado em: 19.02.2020

Última versão do(a) autor(a): 21.02.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal.

RESUMO: A¹⁻² presente pesquisa possui o objetivo de analisar e compreender se há alguma relação entre a mídia e o aumento das reivindicações para a expansão do poder punitivo do Estado, por meio da imposição de maior lapso temporal para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Para tanto, o estudo do processo legislativo penal, mormente das proposições que objetivam alterar o artigo 75, caput, do Código Penal, foi alçado como objetivo principal desta

ABSTRACT: The present research has the objective of analyzing and comprehending if there is a relation between media and the rise of claims for the expansion of the punishing power of the State by means of imposing greater temporal lapse to fulfill custodial sentence. For such, the study of criminal law process, mainly propositions aiming to change Article 75, caput, of the Penal Code, was undertaken as the main objective of this research. Furthermore, journalistic texts and

-
1. Dedico esse trabalho ao meu filho Ronaldo Salomão, bem como ao meu pai Ronaldo Eustáquio Mendes (*in memoriam*).
 2. Esse trabalho é, em grande medida, resultado das pesquisas efetuadas durante o período de iniciação científica realizado na FGV-SP (Direito) durante os anos de 2015-2016, sob a orientação da professora Dra. Máira Rocha Machado, onde, desde já, externo meus agradecimentos.

pesquisa. Além disso, passou-se a analisar em textos jornalísticos e matérias veiculadas por revistas, mais especificadamente, naqueles que exercem o papel de dominantes do campo comunicacional, os conteúdos que apontam para a necessidade de impingir maior rigidez temporal na execução da pena de prisão, contribuindo para verificar uma possível influência do clamor midiático nos projetos propostos pelo Parlamento. Empregou-se, portanto, uma metodologia de análise de dados empíricos. Ao fim, com vistas a lograr êxito nos desideratos propostos, foi traçada uma linha comparativa dos elementos colhidos durante a execução da pesquisa, quais sejam: os discursos veiculados no campo midiático e as proposições legislativas do Congresso Nacional. Pode-se perceber que as justificativas dos Projetos de lei analisados possuíam argumentos semelhantes a algumas matérias publicadas.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 75, *caput*, do Código Penal – Clamor midiático – Impunidade – Processo legislativo – Punição.

magazine articles, more specifically those that exert a dominant role in the field of communication were analyzed for contents aiming towards the need to enforcing greater temporal rigidity on executing prison sentences, contributing to the verification of a possible influence of media outcry on proposed projects of the Parliament. As such, a methodology of empiric data analysis was used. Finally, aiming towards reaching success on its proposed aims, a comparative line was traced of the gathered elements during research's execution, which is: discourses aired on media and National Congress's legislative propositions. It can be noticed that the justifications of analyzed the Projects of law held similar arguments to some published articles.

KEYWORDS: Article 75, *caput*, of the Penal Code– Media outcry– Impunity – Legislative process– Punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 2.1. Processo de coleta e análise das propostas legislativas para alteração do art. 75, *caput*, do Código Penal. 2.2. Processo de coleta e análise das informações veiculadas no campo midiático relacionadas à necessidade do aumento do tempo da pena de prisão. 2.3. Estudo do conteúdo obtido nas etapas 1 e 2 da pesquisa: há alguma relação entre as proposições legislativas para alteração do art. 75 do CP e o clamor midiático?. 3. Desenvolvimento. 3.1. Aspectos preliminares a respeito da pesquisa. 3.2. Definição do modelo tipológico adotado – Hart: entre regras de comportamento e regras parasitárias. 3.3. Normas penais e suas justificativas. 3.3.1. Estudo quantitativo. 3.3.2. Análise pormenorizada do conteúdo das justificativas. 3.4. Processo de coleta e análise das informações veiculadas no campo midiático relacionadas à necessidade do aumento do tempo da pena de prisão. 3.4.1. Jornal Folha de São Paulo. 3.4.2. Revista Veja. 3.5. Resultado do conteúdo obtido nas etapas 1 e 2 da pesquisa: há alguma relação entre as proposições legislativas para alteração do art. 75, *caput*, do CP e o clamor midiático?. 4. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não se pode deixar de notar, ante a fragmentação do contato social, que a sociedade contemporânea se encontra em estado de apatia deliberativa, fato que obsta a seleção de dados e a formação do conhecimento.³

Possivelmente, como justificativa deste estado de indiferença, pode-se ressaltar que a imediatividade das sociedades modernas produz em seus participantes uma sublimação⁴ extremamente eficaz, obstaculizando o regular exercício da capacidade intelectual. Nesse sentido, a mídia se reveste de aparente legitimidade e termina por se tornar precípua formadora (modeladora) de uma, suposta, homogênea opinião pública.

E, infelizmente, é na seara punitiva Estatal, com o Direito Penal, que tais questões mais se manifestam. Como o Direito Penal e o Processo Penal possuem inúmeras peculiaridades, muitas delas não compreendidas pelo senso comum, eventual não condenação ou cominação de pena longe do máximo, cria no corpo social, de acordo com Azevedo⁵, o sentimento de descrença no sistema estatal punitivo.

Em decorrência desta situação, este trabalho possui o objetivo de analisar e compreender se há alguma relação entre o campo midiático e as reivindicações para a expansão do poder punitivo do Estado, por meio da imposição de maior lapso temporal para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com vistas a lograr êxito no objetivo traçado, foi elaborado um minucioso levantamento dos Projetos de lei que possuem como núcleo a alteração do art. 75, *caput*, do Código Penal brasileiro. Por conseguinte, foi feito um levantamento das justificações e eventuais relatórios elaborados pelas comissões responsáveis. Ao final, tais informações foram articuladas, organizadas e estudadas de modo a compreender os argumentos justificadores dos projetos de lei analisados.

Posteriormente, passou-se a buscar em jornais e revistas, mais especificadamente, naqueles que exercem o papel de dominantes do campo comunicacional, os conteúdos que apontam para a necessidade de aumentar o tempo de duração da pena e, consequentemente, tornar mais rígida a própria execução penal.

3. Habermas ensina que para formação da racionalidade é necessária interação entre os agentes sociais. Considerando que a interação entre os sujeitos sociais se encontra fragmentada a formação do conhecimento fica fragilizada. HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa* I. 5. ed. Madri: Taurus, 1998. p.36.

4. Para um conceito de sublimação: PISANI, Marília Mello. Marxismo e psicanálise no pensamento de Herbert Marcuse: uma polêmica. *Rev. Mal-Estar e Subj.* Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 23-64, mar. 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482004000100003&lng=pt&nrm=isso]. Acesso em: 24.07.2016.

5. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.11, n. 62, jun.-jul. 2010, p. 142.

De posse dos elementos colhidos, passou-se ao estudo crítico e sistemático do material, elaborando-se categorizações, tanto de ordem qualitativa como quantitativa, para que ao final fosse possível traçar uma linha comparativa entre os discursos veiculados no campo midiático e as proposições legislativas do Congresso Nacional.

Enfim, entender se o processo midiático exerce influência na atuação do Parlamento, mais especificadamente no que concerne ao influxo de matérias que afetos à Ciência Criminal, bem como sua correlação com a aplicação da pena privativa de liberdade, a partir da concretude dos Projetos de lei analisados, contribuirá para a evolução do pensamento jurídico-científico no que toca à função do campo midiático na produção legislativa nacional.

2. METODOLOGIA

2.1. *Processo de coleta e análise das propostas legislativas para alteração do art. 75, caput, do Código Penal*

Foram selecionados todos os projetos de lei que possuem como objetivo a alteração do artigo 75, *caput*, do Código Penal. Há de se ressaltar que o estudo abrangeu desde proposições em processamento até aquelas que se encontravam com sua tramitação encerrada, tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados.

Ao dar ênfase ao estudo das proposições legislativas, e não da legislação vigente, a pesquisa adota uma perspectiva diferenciada⁶. É que a partir deste modo de atuação os aspectos formais para a aprovação ou não das leis penais cedem espaço para análise da atuação dos grupos socialmente dominantes sobre o processo de produção de leis federais pela União, verdadeira fonte material do Direito Penal⁷.

Durante a pesquisa no sítio eletrônico de ambas as casas legislativas, utilizou-se os seguintes termos: a) artigo 75 do Código Penal; B) trinta anos; C) aumento do tempo da pena de prisão. Além destes termos, toda vez em que se encontrava em um projeto, que o mesmo possuía apensos ou estava apensado a outro, o teor desses projetos eram analisados.

As proposições que foram levantadas estão dispostas em ordem cronológica:

- a) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 1.278/1995;
- b) Projeto de lei do Senado de 310/1999;
- c) Projeto de lei do Senado de 315/1999;
- d) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 126/1999;

6. MACHADO, Maíra Rochaetalli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p.4.

7. GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.131.

- e) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 2.522/2003;
- f) Projeto de lei do Senado Federal de 267/2004;
- g) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 7.084/2006;
- h) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 633/2007;
- i) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 795/2011;
- j) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 310/2011;
- k) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 3.573/2012;
- l) Projeto de lei da Câmara dos Deputados de 10.372/2018.

A partir do levantamento das proposições, foram coletadas suas justificativas, bem como os relatórios elaborados pelas comissões competentes. Após, juntamente com o conteúdo dos textos dos projetos de lei, as justificativas e os relatórios foram organizados, sistematizados e, por fim, categorizados.

Por conseguinte, há de se ressaltar que o estudo das justificativas dos projetos de lei que foram selecionados pode enfocar aspectos múltiplos. Razão pela qual, apontar o modelo tipológico adotado para a categorização das informações obtidas se faz imprescindível para uma melhor compreensão dos resultados que se busca obter com a pesquisa.

É evidente o grande desafio que se relaciona ao trabalho de interpretar os dados coletados e da construção teórica a ser realizada a partir do material empírico analisado. Neste sentido, foram adotados os modelos de categorização dos textos e justificativas dos projetos utilizados no relatório desenvolvido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas na análise das justificativas para a produção das normas penais⁸.

O relatório analisou questões semelhantes ao objeto desta pesquisa, razão pela qual suas categorizações se amoldam perfeitamente às exigências deste trabalho.

As proposições e justificativas selecionadas foram categorizadas de acordo com os seguintes parâmetros⁹:

- A. normas penais e suas justificativas: estudo quantitativo:
 - i. alocação dos projetos: normas de sanção;
 - ii. consequência no procedimento de execução das penas;
 - iii. quantidade de tempo de cárcere;
- B. valoração do conteúdo das justificativas:
 - i. tamanho das justificativas;
 - ii. menção a referências externas;
 - iii. gramática dos motivos.

8. MACHADO, Maíra Rochaetalli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação.

9. Reforço a afirmação de que estas categorias não foram elaboradas pelo autor deste trabalho, mas extraídas da pesquisa acerca da análise das justificativas para a produção de normas penais, exceto o itemiii da letra A.

2.2. *Processo de coleta e análise das informações veiculadas no campo midiático relacionadas à necessidade do aumento do tempo da pena de prisão*

Ab initio, insta salientar, em razão do infindável número de informações que o campo comunicacional veicula, mormente em relação ao objeto pesquisado¹⁰, que a execução metodológica do trabalho delimitou o espaço amostral do mesmo, principalmente, com fundamento no critério temporal. Além de este critério trazer credibilidade em razão do considerável conteúdo analisado, permite o contraste com o período das proposições analisadas.

Em razão do necessário recorte de assuntos procurados para realização da presente pesquisa, bem como considerando as condições materiais exigidas para uma pesquisa mais detalhada, as buscas se limitaram aos seguintes termos: 1) trinta anos de prisão/cadeia¹¹ é pouco; 2) artigo 75 do Código Penal; 3) aumento da pena máxima de prisão; e, por fim; 4) passar mais tempo na cadeia. Tais buscas foram feitas num lapso temporal de mais de 20 anos (01.01.1992 até 29.03.2012), porém, em razão das condições materiais da presente pesquisa, não foram feitos recortes temporais, o que possibilitaria, em tese, um contraste mais efetivo com os Projetos de lei analisados.

Ainda sobre o aspecto metodológico, efetivou-se uma busca atenta ao conteúdo veiculado pela mídia impressa, mormente no período que antecede aos Projetos de Lei analisados, bem como ao ano corrente à sua proposição. Essa escolha é plenamente lógica. Considerando que a pesquisa objetiva analisar e compreender se há alguma relação entre o campo midiático e o aumento das reivindicações para a expansão do poder punitivo do Estado, por meio da imposição de maior lapso temporal para o cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como se tal tema está sendo discutido pela mídia, o estudo do teor das matérias veiculadas pelo campo midiático durante o lapso de criação e proposição do projeto de lei, permite aferir se o clamor mediático exerceu alguma espécie de influência nas propostas discutidas pelo Parlamento ou se este conteúdo é relegado à segundo plano, bem como se os Projetos analisados possuem alguma deliberação midiática.

No que concerne à seleção do material analisado, a pesquisa sobre a necessidade de impingir maior rigidez temporal na execução da pena de prisão, foi efetivada em textos jornalísticos e matérias veiculadas por revistas, mais especificadamente, naqueles que exercem o papel de dominantes do campo comunicacional.

10. A título de curiosidade, informe-se que após pesquisa como termo impunidade, no sítio que hospeda o acervo da Folha de São Paulo, constatou-se a existência de mais de 8.050 páginas que, apesar dos vários contextos existentes, constavam a expressão pesquisada.

11. Com essa frase foram feitas duas buscas, uma com o termo “prisão” outra com o termo “cadeia”.

Assim foram escolhidos dois grandes dominantes do campo midiático, quais sejam: Revista Veja¹² e Jornal Folha de São Paulo¹³. Os critérios utilizados para a escolha destes veículos e não de outros, foram os seguintes: abrangência da circulação, tempo de existência e sua consolidação na imprensa nacional, disponibilidade de acervo virtual para pesquisas e sua confiabilidade pela população em geral¹⁴.

2.3. *Estudo do conteúdo obtido nas etapas 1 e 2 da pesquisa: há alguma relação entre as proposições legislativas para alteração do art. 75 do CP e o clamor midiático?*

Esta etapa consistiu no cruzamento das informações levantadas após o cumprimento das etapas um e dois. Os dados obtidos foram utilizados para aferir se existe alguma correlação entre os discursos veiculados no campo midiático e as proposições legislativas que almejam alterar o artigo 75, *caput*, do Código Penal elaboradas pelo Congresso Nacional.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. *Aspectos preliminares a respeito da pesquisa*

Examinar¹⁵ o processo de produção legislativa em matéria penal no Brasil não é tarefa fácil. Isto porque, a sociedade hodierna é o mais puro reflexo do imediatismo que

12. Conforme análise de circulação de revistas elaborada pela Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER) a revista VEJA é o veículo semanal que mais circula. Dados de 2014. Disponível em: [http://aner.org.br/dados-de-mercado/circulacao/]. Acesso em: 20.02.2016.

13. Segundo levantamento elaborado em 2014 pelo Instituto Verificador de Circulação (IVC) A Folha de São Paulo é o jornal de maior circulação e audiência no país, em diferentes plataformas métricas. Disponível em: [www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/]. Acesso em: 20.02.2016.

14. Maior levantamento sobre os hábitos de informação dos brasileiros, a “Pesquisa Brasileira de Mídia 2015” (PBM 2015) revela que a televisão segue como meio de comunicação predominante, que o brasileiro já gasta cinco horas do seu dia conectado à internet e que os jornais são os veículos mais confiáveis”. Vide pesquisa brasileira de Mídia da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, divulgada em 2015 e disponível em: [www.secom.gov.br/atualizacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf]. Acesso em: 23.12.2015.

15. Nessa seção passa-se à reprodução parcial da introdução do artigo “Punir mais e melhor: o caótico quadro de produção legislativa brasileira em matéria penal”, apresentado no I Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão realizado na Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, como resultado das pesquisas efetivadas durante o período de iniciação científica na FGV sob a orientação da professora Dra. Maíra Rocha Machado. Disponível em: [www.seminarioprises.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=15&impressao]. Acesso em: 24.07.2016.

lhe assola¹⁶. Em outras palavras, não há tempo para pensar, portanto, delegue essa tarefa a outrem¹⁷e, incessantemente (porque não dizer illogicamente), vá atrás do capital¹⁸que lhe falta.

Diariamente somos submetidos a programas televisivos que desvirtuam a lógica dos fatos, numa espécie de simulação da realidade¹⁹. Os meios de comunicação, a partir da modulação da estrutura do corpo social, trabalham de modo a antecipar o real, por meio de seus instrumentos e mecanismos, arquitetando uma espécie de retardamento da realidade²⁰.

Em razão dessa caótica situação, constata-se a dificuldade em se trabalhar os temas propostos pelo Parlamento, uma vez que a comunicação instantânea, por meio de opiniões recebidas não concretiza, de fato, comunicação, pois quem recebe a mensagem não delibera sobre a mesma, limitando-se a reproduzi-la.²¹

Advirta-se, de logo, que se consideramos os argumentos de Habermas²²acerca do discurso prático geral, tendo a representação de verdade início em sua formação por meio de um consenso resultado do confronto de argumentos levantados pelos indivíduos que integram a comunicação, a situação se torna ainda mais complexa. É que, apesar de ser uma teoria essencialmente democrática, se existe apenas um único órgão (*mass media*) que propõe os debates, percebe-se que não há que se falar em confrontos. Nesse sentido o

-
16. Segundo Marcuse a imediatividade, característica peculiar das sociedades industriais, é hábil a transformar o irracional em racional, refletido, por consequência na velocidade sua maior fragilidade. Para maiores estudos conferir: MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973. p. 23-25.
 17. A televisão, em grande medida, toma frente nesse “árduo” mister, estabelecendo um “pseudodiálogo” com o “teleconsumidor”, fornecendo um discurso pronto, rápido e indolor. Nesse sentido conferir: AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.11, n.62, p.106-153, jun.-jul. 2010.
 18. Refiro-me a todo objeto de desejo (por consequência, de disputa) para movimentação dentro do campo. Para maiores esclarecimentos, conferir: BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Trad. Miguel Serras Pereira. Portugal: Fim de Século, 2003.
 19. BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1991. formato pdf, p.30-83.
 20. BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1991.
 21. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.11, n.62, p.106-153, jun.-jul. 2010.
 22. HABERMAS, Jurgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p.256-261.

agente modulador pode transformar suas proposições em verdades sem resultar do confronto entre discursos²³.

Esta situação importa, ainda mais, quando a atuação do campo midiático se inclina ao cerceamento de direitos, por vezes, fundamentais. E, infelizmente, é na seara punitiva Estatal, com o Direito Penal, que tais questões mais se manifestam.

Segundo Azevedo, a imprensa trabalha com informações por vezes tendenciosas²⁴, o que ocasiona a produção de dados parciais²⁵ (contudo revestidos de *aparente* característica de imparcialidade, próprio da dominação simbólica), neste sentido, seu produto (crítica, crônica etc.) ocasiona juízo condenatório antes mesmo de se pensar em sentença com trânsito em julgado.

Lado outro, conforme já exposto em sede de introdução, como o Direito e o Processo Penal possuem inúmeras peculiaridades, muitas delas não compreendidas pelo saber espontâneo²⁶, eventual não condenação, ou cominação de pena em tempo relativamente singelo (na concepção do senso comum), cria no corpo social, de acordo com Azevedo, o sentimento de descrença no sistema estatal punitivo e, conseqüentemente, estimula o crescimento da sensação de insegurança²⁷.

-
23. MENDES, Ronaldo Pimenta; ALVES, Daniel Limongi. A construção do medo a partir do campo midiático: os possíveis influxos no corpo social para a concordância com o direito penal máximo. *Justiça & Cidadania*. Disponível em: [www.editorajc.com.br/2015/05/construcao-medo-partir-campo-midiatico-os-possiveis-influxos-no-corpo-social-para-concordancia-com-o-direito-penal-maximo/]. Acesso em: 08.07.2015. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Publicado nos anais. Santa Maria (RS), 2015.
24. Da mesma maneira que a televisão manipula os símbolos, as autoridades policiais, entre outras, distorcem o princípio da publicidade no inquérito policial, selecionando os casos com potencial para a primeira capa do jornal. A boa notícia acerca de um caso penal não é aquela que bem informa, mas aquela por meio da qual o repórter pode buscar seu reconhecimento profissional. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.11, n.62, jun.-jul. 2010. p.166, pdf.
25. A mídia é considerada, para alguns, como aparelho privado de hegemonia. Conferir: LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 190-191.
26. É o inverso do saber científico, da construção intelectual, representando um “corte epistemológico” entre o senso comum (sua representação) e o discurso científico. Cf. MARTINS, Carlos Benedito. *Notas sobre a noção prática em Pierre Bourdieu*. Disponível em: [http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/96/20080627_sobre_a_nocao_da_pratica.pdf]. Acesso em: 13.02.2016. Para maiores estudos: BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
27. Confere-se publicidade aos atos das autoridades públicas em geral para conferir maior segurança ao cidadão, mas essa mesma publicidade, no caso do processo penal, acaba por se tornar hoje fonte de uma crescente sensação de insegurança por parte da sociedade, bem como causa multiplicadora dos estigmas penais. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.11, n.62, jun.-jul. 2010. p.142.

Fato é que a realidade da sistemática penal hodierna carrega em seu âmago teses de repressão ao sentenciado²⁸. A contribuição da sociedade para a formação do agente do fato delituoso, constantemente é deixada de lado e o reflexo dessa situação é a expansão do Direito Penal. Por conseguinte, a atualização do poder punitivo, promovida pelos interesses dos dominantes do campo²⁹, não visa punir menos, mas punir cada vez mais e melhor numa política utilitário-econômica³⁰. Enfim, abdicam-se de criar alternativas às penas, e concebem-se penas alternativas³¹.

Nesse sentido, percebe-se que o estudo acerca de uma possível influência da mídia sobre o processo de produção legislativa é tema de grande relevância científica e prática no ramo do Direito Penal, haja vista que tais dispositivos atuam diretamente nos direitos fundamentais dos indivíduos, tais como liberdade, intimidade, elegibilidade, dentre outros.

Na próxima seção, passa-se a exposição do modelo tipológico adotado.

3.2. *Definição do modelo tipológico adotado – Hart: entre regras de comportamento e regras parasitárias*

Como já exposto quando da escrita do tópico acerca da metodologia, foi utilizado como modelos de categorização dos textos e justificativas dos Projetos de lei aqueles fornecidos no relatório desenvolvido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas na análise das justificativas para a produção das normas penais.

Tal padrão de classificação parte do modelo apresentado por Hart e citado por Machado et al. Que, dentre outros estudos classificatórios, bifurca as normas penais em dois níveis.

28. A título de ilustração, cite-se pesquisa encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública ao Datafolha, onde se constatou que metade do país entende que “bandido bom é bandido morto”. PAGNAN, Rogério. *Metade do país acha que bandido bom é bandido morto, aponta pesquisa*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml]. Acesso em: 26.01.2016.

29. Cite-se, por exemplo, a majoração da punição do delito falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e §§ 1º, 1º-A e 1º-B, do Código Penal), bem como a criação da lei dos crimes hediondos. Projetos legislativos que após atuação do campo comunicacional foram transformados em lei.

30. Em conformidade com: BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. In: *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.3.

31. De acordo com Batista, as penas alternativas “pensadas como estratégias de desafogamento da justiça penal, elas acabaram por impor um controle social mais capilarizado, mais minucioso, que vai estender os tentáculos do poder punitivo aos pequenos conflitos do cotidiano, bem no espírito da devassa inquisitorial que o fundou.” BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.8.

O próprio Hart³² nos instrui que:

“(...) a regra última de reconhecimento pode ser vista sobre duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efectiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam para identificar odireito.”

Num primeiro nível, encontram-se regras que podem ser analisadas de modo independente. Essas regras são inteligíveis por elas mesmas ou, em outras palavras, bastam em si para serem compreendidas. Classificam-se, aqui, como regras de comportamento.³³

Por conseguinte, no segundo nível as regras, lá presentes, necessariamente estabelecem um liame de relação ou dependência com outras regras (ou fatos jurídicos) para serem compreendidas. Tais regras, por se relacionarem com as regras de primeiro nível, são chamadas por Hart de regras parasitárias³⁴. Em apertada síntese, as normas do segundo nível “dizem quem, quando e como fazer quando as normas do primeiro nível não são respeitadas”.³⁵

A partir dessa classificação, pode-se perceber que a pesquisa se circunscreveu entre as regras parasitárias, uma vez que as propostas legislativas analisadas dizem respeito a uma espécie de pena, qual seja, privativa de liberdade. Como não se concebe de pena sem uma conduta típica, ilícita e culpável, que lhe anteceda³⁶, tais proposições dependem, fundamentalmente das chamadas regras de comportamento ou de primeiro plano.

Ademais, segundo relatório cunhado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas na análise das justificativas para a produção das normas penais, poder-se-ia inculcar

32. HART, Helbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 123.

33. HART, Helbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 128-129.

34. Hart citado apud MACHADO, Máira Rocha et alli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p. 20.

33. GARCIA, 2002, p. 19 apud MACHADO, Máira Rocha et alli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p.20.

35. GARCIA apud MACHADO, Máira Rocha et alli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p.20.

36. *Nullapoenasine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade); *nullumcrimensine lege* (princípio da legalidade); FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002. p.73-76.

nas regras de segundo plano (parasitárias) às normas de sanção³⁷. Consequentemente, nessa perspectiva, pode-se afirmar que os textos dos projetos de leis analisados, figuram-se, como norma de segundo plano, revestindo-se de caráter eminentemente regulador do processo sancionatório. São, portanto, norma de sanção hábil a expressar “qual, quanto e como será a pena”³⁸. Fornecem, nesse sentido, a qualidade, quantidade e formas de cumprimento acerca das penas.

Desse modo, passamos a categorizar os Projetos de Lei como normas parasitárias de conteúdo sancionatório.

3.3. Normas penais e suas justificativas

3.3.1. Estudo quantitativo

Na presente seção, objetiva-se apresentar os resultados quantitativos decorrentes do estudo dos doze Projetos de Lei. Ressalte-se que foram analisadas proposições em andamento e encerradas, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Num primeiro momento demonstrar-se-á o conteúdo propriamente dito dos Projetos analisados, categorizando-os em dois grupos, a saber: quantidade de tempo de cárcere sugerido e consequências no procedimento de execução penal. Em um segundo momento, agrupar-se-á o conteúdo das justificativas dos Projetos analisados, em: i) tamanho das justificativas; ii) menção a referências externas; iii) gramática dos motivos.

3.3.1.1. Quantidade de tempo máximo de cárcere proposto

Extraí-se do conteúdo dos Projetos de Lei que almejam alterar o art. 75, *caput*, do CP, quanto ao tempo ideal de máxima duração do cárcere, que:

- i. cinco entredoze apontam como tempo ideal para pena privativa de liberdade: 50 (cinquenta) anos;
- ii. três entre doze apontam como tempo ideal para pena privativa de liberdade: 60 (sessenta) anos;
- iii. três entre doze apontam como tempo ideal para pena privativa de liberdade: 40 (quarenta)anos;
- iv. um entre doze aponta como tempo ideal para pena privativa de liberdade: 35 (trinta e cinco)anos.

37. MACHADO, Maíra Rochaetalli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p.21.

38. MACHADO, Maíra Rochaetalli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p.21.

3.3.1.2. Consequência no procedimento de execução das penas

Todos os Projetos de Lei analisados propõem a unificação de penas para atender aos limites sugeridos. Em outras palavras, caso haja concurso material, concurso formal, continuidade delitiva ou sentença superveniente, a pena aplicada será somada e não poderá ultrapassar ao limite proposto para a pena privativa de liberdade.

Lado outro, dois entre doze projetos vedam expressamente a aplicação do limite para cumprimento da pena privativa de liberdade para concessão de “benefícios” (direitos) penais.

Neste ponto, o que tais projetos querem vedar é a aplicação do limite imposto para o cumprimento da pena de prisão para o condenado progredir no regime (semiaberto e aberto) e obter livramento condicional. Ou seja, para o condenado fazer jus a tais “benefícios” deverá cumprir a fração ideal imposta pela Lei (ex. Código Penal, Lei de Execuções Penais e Lei dos Crimes Hediondos) sob o tempo aplicado na sentença, não sendo relevante o limite para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Por conseguinte, ainda no que toca a alteração no procedimento de execução da pena aplicada pelo magistrado, dois entre doze projetos almejam alterar a fração ideal de cumprimento de pena para obtenção de livramento condicional e progressão de regime, estabelecendo marcos distintos para o sentenciado primário ou reincidente, bem como a depender se o crime cometido for etiquetado como hediondo ou não.

Por fim, um entre doze projetos almeja retirar o modo de exasperação da pena em caso de delito continuado, passado a ser, tal crime, apenado por meio do cúmulo material.

3.3.2. *Análise pormenorizada do conteúdo das justificativas*

O conteúdo das justificativas apresentadas nos Projetos de Lei analisados foi arranjado em três grandes grupos, a saber: i) tamanho das justificativas; ii) menção a referências externas; iii) gramática dos motivos. É de se ressaltar que tais classificações foram extraídas do relatório desenvolvido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas na análise das justificativas para a produção das normas penais³⁹.

3.3.2.1. Tamanho das justificativas

Considerando a heterogeneidade do material analisado, considerou-se importante demonstrar o “tamanho do texto das justificativas dedicado a uma valoração sobre sua densidade e consistência”⁴⁰.

39. MACHADO, Máira Rochaetalli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação.

40. MACHADO, Máira Rochaetalli. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação. p. 32.

É que, o conteúdo dos Projetos de lei analisados exerce influência direta no direito de liberdade do sentenciado e, nesse sentido, verificar a densidade da argumentação elaborada pelo parlamentar, mostra-se, de todo, relevante.

- i. três entre doze projetos analisados possuem meia página de tamanho da justificativa;
- ii. quatro entre doze projetos analisados possuem uma página de tamanho da justificativa;
- iii. três entre doze projetos analisados possuem até uma página e meia de tamanho da justificativa;
- iv. um entre doze projetos analisados possui até duas páginas de tamanho da justificativa;
- v. um entre doze projetos analisados possui mais de duas páginas de tamanho da justificativa.

É de se destacar, por oportuno, que o Projeto de Lei 10.372/2018 possui mais de oito páginas de tamanho de justificativa, posto que objetivava implementar inúmeras mudanças na legislação penal e processual penal.

A parte reservada a justificativa de alteração do art. 75, *caput*, do CP, contudo, limita-se a um parágrafo, razão pela qual o mesmo foi inserido no inciso “i” da presente catalogação.

Por todo o exposto, verifica-se que a maioria das proposições legislativas analisadas na presente pesquisa possui até uma página como tamanho de sua justificativa.

3.3.2.2. Menção a referências externas

Neste ponto, passa-se a analisar o conteúdo das justificativas dos Projetos de Lei no tocante a referências externas. Tem-se por referência externa toda menção a fato que é estranho (de fora) ao próprio conteúdo do Projeto de Lei analisado, tais como, episódios concretos, jurisprudência, dados empíricos, bem como alusões ao cenário internacional.

Nenhum dos projetos faz menção a episódios concretos.

Do espaço amostral analisado, dois Projetos aduzem à Súmula 715⁴¹ do STF como argumento de autoridade para a não aplicação do limite da pena privativa de liberdade para concessão de “benefícios” penais. Este dado é de suma importância, uma vez que os argumentos quando justificados na jurisprudência dos tribunais superiores revestem-se de uma “autoridade simbólica” tamanha que se legitimam pura e simplesmente por ser

41. A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

o entendimento de determinada Corte Superior, desprezando-se as divergências doutrinárias a respeito.

Isso pode ser constatado quando da leitura do parecer da Comissão de Constituição e de Justiça, elaborado por Kátia Abreu em 2009, referente aos Projetos de Lei do Senado de números 310 e 315, de 1999, 67⁴², de 2002, e 267, de 2004, que desaguou na manifestação pela aprovação do Projeto de Lei do Senado 310/1999⁴³, bem como pelo PLS 267/2004⁴⁴ e pela rejeição dos demais.

A título de justificação do que ora se argumenta cita-se passagem do referido parecer (*grifo nosso*):

“O PLS 267, de 2004, propõe um tempo-limite de quarenta anos, também sem qualquer ressalva, e ainda acrescenta um novo parágrafo ao art. 75 do CP, para prever expressamente que o limite temporal imposto não deve ser usado como parâmetro para a concessão de outros benefícios penais. Com relação a essa última proposta, o entendimento doutrinário e jurisprudencial atual é pacífico no sentido de que os benefícios penais são baseados no tempo total da pena aplicada. Os 30 anos a que se refere o art. 75 do CP não servem como parâmetro para essas computações, mas apenas como tempo limite de encarceramento. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já possui entendimento sumulado (Súmula 715): A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo artigo 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como livramento condicional ou regime mais favorável de execução. O PLS 267, de 2004, portanto, apenas consolida entendimento jurisprudencial reiterado.”

No que toca aos dados empíricos empregados nas justificativas, extrai-se que quatro entredozes Projetos analisados fazem menção direta a pesquisas elaboradas pelo IBGE concernentes ao aumento da expectativa de vida se comparada com àquela que existia quando da feitura do Código Penal, nos idos de 1940⁴⁵. Entretanto, se levantadas e somadas às justificativas que mencionam a expectativa de vida embasadas em pesquisas de

42. Esse projeto não foi analisado na presente pesquisa uma vez que seu conteúdo não se relaciona diretamente com a alteração do art. 75 do CP.

43. Desde que reduzido o período máximo de cumprimento da pena de prisão de sessenta anos para cinquenta.

44. Desde que modificado o tempo máximo de cumprimento da pena de prisão para quarenta anos. No caso deste projeto o tempo máximo da pena foi aumentado em dez anos se comparado com o tempo limite proposto no texto original do projeto.

45. Saliente-se, por oportuno, que em que pese ter havido uma significativa alteração legislativa promovida no referido Código no ano de 1984 o referido dispositivo em seu teor permaneceu incólume à dita reforma. Art. 55 da redação original e art. 75 da Parte Geral, com a redação determinada pela Lei 7.209/1984.

órgãos estatísticos, como o IBGE, com aquelas que apenas citam o aumento da expectativa de vida o número passa para cinco entre doze.

Não houve alusões diretas ao cenário internacional, salvo de maneira implícita. É que o PL 7.084/2006 de autoria do deputado federal Celso Russomano em sua justificativa afirma que a pena de morte é vedada por nossa ordem constitucional, apesar de boa parte de a sociedade clamar penas mais duras.

Assim escreve:

“Nossa sociedade tem clamado por maiores penas, pelo cumprimento integral das já existentes, e muito se tem falado da prisão perpétua e da pena de morte. Embora sejam essas as exigências de muitos, nossa ordem constitucional não comporta essas modalidades de pena, nem pode haver emenda a respeito.”

Fica fácil perceber, pelo modo de organização das palavras no trecho citado, que se nossa ordem constitucional não comporta tais reprimendas (pena de morte e prisão perpétua) ao sentenciado, há outras que comportariam tais reclames.

Há de se ressaltar que outros projetos mencionaram a vedação a pena perpétua.

Pela análise do conteúdo das justificativas, boa parte de seus argumentos vincula-se a ideia de que a sociedade pugna para que os condenados permaneçam mais tempo no sistema prisional, sobretudo no cárcere, bem como para o endurecimento das penas.

Ademais, o tempo de trinta anos, cumulado com os “benefícios” penais, seria insuficiente para coagir o eventual criminoso, o que contribuiria para o aumento da criminalidade e, via de consequência, da impunidade.

Na última seção, passamos a analisar os demais argumentos, bem como eventuais referências às teorias da pena utilizadas pelos parlamentares.

3.3.2.3. Gramática dos motivos: teorias da pena e demais argumentos justificadores

Muitos foram os esforços desenvolvidos pelo pensamento político-jurídico a fim de justificar a imputação da pena criminal. Entretanto, por mais argumentos que se criem, ainda não existe uma resposta capaz de conferir plena legitimidade a este desiderato. Neste aspecto, cumpre destacar interessante posição do filósofo alemão Friedrich Nietzsche⁴⁶, referente à diferenciação da gênese do castigo e seu fim, ao fazer a seguinte ponderação:

“Ainda uma palavra sobre a origem e a finalidade do castigo – dois problemas distintos, ou que se deveria distinguir: infelizmente se costuma confundi-los. Como procederam

46. NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009. p.54.

neste caso os genealogistas da moral? De modo ingênuo, como sempre –: descobrem no castigo uma ‘finalidade’ qualquer, por exemplo a vingança, ou a intimidação, colocam despreocupadamente essa finalidade no começo, como causa fiendi[causa da origem] do castigo, e – é tudo. Mas a ‘finalidade no direito’ é a última coisa a se empregar na história da gênese do direito: pois não há princípio mais importante para toda ciência histórica do que este, que com tanto esforço se conquistou, mas que também deveria estar realmente conquistado – o de que a causa da gênese de uma coisa e a sua utilidade final, a sua efetiva utilização e inserção em um sistema de finalidades, diferem toto-coelo[totalmente]; de que algo existente, que de algum modo chegou a se realizar, é sempre reinterpretado para novos fins, requisitado de maneira nova, transformado e redirecionado para uma nova utilidade, por um poder que lhe é superior; de que todo acontecimento do mundo orgânico é um subjugar e assenhorear-se, e todo subjugar e assenhorear-se é uma nova interpretação, um ajuste, no qual o ‘sentido’ e a ‘finalidade’ anteriores são necessariamente obscurecidos ou obliterados.”

Percebe-se que os procedimentos conatos a aplicação dos flagelos, são mais antigos do que a finalidade e utilidade a ele concedida e inserta como interpretação⁴⁷. Portanto, insito está no homem a vontade de punir, as justificativas visam, apenas, uma legitimação utópica desse desejo.

Com espreque na doutrina de Galvão⁴⁸, os argumentos justificadores do Direito Penal, agrupam-se em duas grandes classes. A primeira reúne as teorias que concebem a pena justificada por seu valor axiológico intrínseco, tais teorias se denominam absolutas. Neste entendimento, a legitimidade da pena é apriorística, não se condicionando a qualquer fim extrapunitivo.

Por sua vez, a segunda categoria agrupa as teorias que se convencionou denominar de relativas. Elas desenvolvem concepções utilitárias de prevenção dos delitos e de penas arbitrárias, justificando-se as penas, somente se valerem para a prevenção de futuros crimes e justiça no lapso temporal do apenamento. Sua legitimidade está imbricada na obtenção de resultados práticos.

Fernando Galvão⁴⁹ afirma ser de

“Sêneca a distinção mais importante entre as argumentações justificacionistas absoluta e relativa: os fundamentos absolutos ou retributivos são quia peccantum, ou seja, miram o passado; e os relativos ou de prevenção são ne peccetur, isto é visam o futuro.”

47. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Os fins da pena: reflexos a partir da análise da vingança e do castigo no pensamento de Friedrich Nietzsche* expressos em Humano, demasiado humano. 2. ed. São Paulo, 2010-2011. (Coleção Guias de Filosofia, Nietzsche) v. 2, p.44-49.

48. GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.44.

49. GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.44, grifo do autor.

Com efeito, considerando o viés adotado, as diversas linhas de discurso, apartam, conjugam ou selecionam tais fundamentos.

Outrossim, a presente pesquisa também analisou o emprego no nível discursivo das teorias da pena. Assim sendo, procurou-se reconhecer eventuais referências às teorias da pena, levando em consideração alguns termos que se vinculariam ao ideal de punição, tais como: “pagar pelos erros”, “a pena assim limitada será próxima à gravidade do delito cometido” (retribuição); punição como forma de coação, intimidação, prevenção, “desmotivando a prática delitiva”; “não punir adequadamente é um estímulo a delinquência” (dissuasão); educação do sentenciado, tratamento, etc. (reabilitação); valores da sociedade (prevenção geral positiva); “a sociedade pugna para que os condenados permaneçam mais tempo no sistema prisional”, “a sociedade não merece que delinquentes de altíssima periculosidade voltem ao convívio social” (neutralização).⁵⁰

Do espaço amostral selecionado, extrai-se que:

- i. Nenhum dos projetos possui como argumento fundamental da justificativa a teoria da reabilitação;
- ii. Nenhum dos projetos possui como argumento fundamental da justificativa a teoria da denúncia;
- iii. Três entre doze projetos possuem como argumento fundamental da justificativa a teoria da neutralização;
- iv. Três entre doze projetos possuem como argumento fundamental da justificativa a teoria da retribuição;
- v. Seis entre doze projetos possuem como argumento fundamental da justificativa a teoria da dissuasão.

Um dado interessante é que, apesar de nenhum projeto se justificar em teorias que visam à reabilitação do sentenciado, dois entre doze projetos citam expressamente que o sistema punitivo que embasa o Código Penal se fundamenta no princípio da ressocialização do condenado, porém alçam este princípio como uma espécie de obstáculo à quebra da (suposta) impunidade. Em outras palavras, os projetos que mencionam a ressocialização não a utilizam como justificativa, mas a negam veemente.

Segue trechos das justificativas que embasam tal conclusão:

“O problema reside na execução/cumprimento da pena fixada, visto que para essa fase o legislador criou uma série de facilidades face ao princípio da ressocialização do preso, reduzindo a pena estabelecida a um quanto simbólico, frustrando a expectativa

50. Os termos entre aspas foram extraídos dos projetos analisados.

de justiça da vítima, de sua família e da sociedade, os quais, se bem informados das facilidades da lei se sentiriam enganados.⁵¹

Hoje o condenado precisa ser ressocializado. Assim, simplificou-se o sistema de penas, eliminando-se medidas já consagradas. Os benefícios da remissão da pena, do bom comportamento e da liberdade condicional estimulam e incentivam jovens a ingressar na criminalidade cada vez mais cedo. A legislação foi alterada para que o condenado pudesse voltar ao convívio social o quão antes, tornando a Justiça Criminal ineficaz, quando não propulsionadora da criminalidade pela falta de resposta às infrações cometidas. Está na hora de mudarmos o conceito de que ‘o condenado precisa ter a esperança de liberdade’ ou ‘o condenado precisa ser ressocializado’ para ‘o condenado precisa ter a consciência de que vai pagar pelos seus erros’.”⁵²

Em que pese a presente classificação, pode-se claramente perceber que os argumentos exarados nas justificativas dos Projetos de Lei analisados, em grande medida, não se limitam a expor apenas fundamentos vinculados a uma teoria da pena específica. Na realidade são concatenados vários argumentos que ora se encaixariam em teorias retributivas, ora preventiva geral negativa ou até mesmo neutralizadora.

Por conseguinte, ao observarmos o conjunto de argumentos encontrados nas Justificativas, percebe-se que a menção à ideia de “impunidade” aparece expressamente em nove dos doze Projetos de Lei estudados.

Entretanto, considerando como forma implícita de menção a ideia de impunidade determinados argumentos, pode-se concluir que todos os Projetos de Lei se escoram no argumento de impunidade para justificar suas proposições.

Seguem trechos que embasam tal argumento:

“Com a presente proposta espera-se corrigir as distorções que hoje ocorrem na aplicação da pena, quando, depois de uma prática delitiva de extrema crueldade para a vítima, causando, não raro, um forte impacto na sociedade, o agente (o criminoso), no entanto e quando muito, é condenado à pena máxima de trinta anos.”⁵³

Para darmos um basta neste estado atual temos tornar o crime apenado de forma severa e sem benefícios que possa se dizer que ‘o crime compensa’⁵⁴.

Para darmos um basta nesse estado atual temos que adotar medidas contundentes e severas, de forma que enveredem para o caminho do crime sejam severamente punidas, e que fique claro que ‘o crime não compensa’.”⁵⁵

51. PL 3.573/2012 de autoria do Deputado Federal João Campos.

52. PL 633/2007 de autoria da Deputada Federal Íris de Araújo.

53. PL 1.278/1995 de autoria do Deputado Federal Lima Neto.

54. PL 126/1999 de autoria do Deputado Federal Alberto Fraga.

55. PLS 315/1999 de autoria do Senador Luiz Estevão.

Enfim, o estudo das justificativas pode verificar, para além dos resultados já expostos, que:

- i. a alteração do artigo 75 do CP vem sendo constantemente discutida no Congresso Nacional. Existem propostas, encerradas e em tramitação, tanto do Senado Federal como da Câmara dos Deputados;
- ii. a Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania, bem como a Comissão de Segurança Pública e combate ao crime organizado se manifestaram, em mais de uma
- iii. oportunidade, favoravelmente ao aumento do tempo de cárcere ou seja, pela insuficiência do art. 75, caput, do CP;
- iv. todos os projetos que possuem o objetivo de alterar o artigo 75, caput, do CP não o consideram excessivo, pelo contrário, possuem o consenso de que o dispositivo é insuficiente. Não há proposta que almeja diminuir o tempo máximo para duração da pena de prisão;
- v. todas as justificativas buscam subsídio no argumento da sensação de insegurança e impunidade que, de acordo com os autores das propostas, assola a sociedade.

3.4. *Processo de coleta e análise das informações veiculadas no campo midiático relacionadas à necessidade do aumento do tempo da pena de prisão*

Como exposto, este trabalho possui o objetivo de analisar e compreender se há alguma relação entre o campo midiático e o aumento das reivindicações para a expansão do poder punitivo do Estado, por meio da imposição de maior lapso temporal para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Em outras palavras, compreender se existe correlação entre a mídia e o poder legislativo é o objetivo desta pesquisa.

Para tanto se efetivou uma minuciosa análise ao conteúdo veiculado pela mídia, mormente no período que antecede aos Projetos de Lei (analisados) e ao ano corrente à sua proposição. Essa escolha é plenamente lógica. Considerando que a pesquisa objetiva analisar e compreender se há alguma relação entre o campo midiático e o aumento das reivindicações para a expansão do poder punitivo do Estado, por meio da imposição de maior lapso temporal para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o estudo do teor das matérias veiculadas pela mídia durante o lapso de criação e proposição do Projeto de Lei, permite aferir se a mídia exerceu alguma espécie de influência nas propostas discutidas pelo Parlamento.

Ademais, insta ressaltar, como já esposado quando do trato da metodologia de pesquisa que, em razão do infindável número de informações que o campo comunicacional veicula, mormente em relação ao objeto pesquisado⁵⁶, que a execução metodológica

56. A título de curiosidade, informe-se que após pesquisa como termo impunidade, no sítio que hospeda o acervo da Folha de São Paulo, constatou-se a existência de mais de 8050 páginas que, apesar dos vários contextos existentes, constavam a expressão pesquisada.

do trabalho delimitou o espaço amostral do mesmo, principalmente, com fundamento no critério temporal. Além de este critério trazer credibilidade em razão do considerável conteúdo analisado, permite o contraste com o período das proposições analisadas.

De outro lado, no que tange à seleção do material a ser analisado, foram selecionados dois grandes dominantes do campo comunicacional, quais sejam, Revista Veja e Jornal Folha de São Paulo. Para além dos argumentos utilizados na seção “metodologia”, tais veículos midiáticos foram selecionados, em detrimento de outros, após estudo dos relatórios circulação de revistas elaborada pela Associação Nacional de Editores de Revistas (ANER)⁵⁷ e pelo Instituto Verificador de Circulação (IVC)⁵⁸. Consoante tais documentos, a revista VEJA é o veículo semanal que mais circula no país e A Folha de São Paulo é o jornal de maior circulação e audiência no país, em diferentes plataformas métricas.

Na próxima seção, passa-se ao estudo setorizado das matérias difundidas pelos veículos selecionados, categorizadas em lapso temporal único, consoante exposto na metodologia.

Ademais, pode-se perceber que o sistema de busca presente no sítio eletrônico do *Jornal Folha de São Paulo* é muito mais preciso do que o presente no sítio da *Revista Veja*.

3.4.1. *Jornal Folha de São Paulo*

Período de busca 01.01.1992 até 06.06.2019, consoante os termos pesquisados não retornaram resultados⁵⁹ efetivos.⁶⁰

3.4.2. *Revista Veja*

Período de busca 01.01.1992 até 29.03.2012, consoante os termos pesquisados:

- i. artigo 75 do Código Penal: matérias esparsas, vários contextos;
- ii. trinta anos de prisão é pouco: matérias esparsas, vários contextos;

57. Dados de 2014. Disponível em: [http://aner.org.br/dados-de-mercado/circulacao/]. Acesso em: 20.02.2016.

58. Disponível em: [www.anj.org.br/maiores-jornais-do-brasil/]. Acesso em: 20.02.2016.

59. Por exemplo, quando pesquisado a expressão “Projeto de Lei 10.372/2018”, “trinta anos de prisão é pouco”, “Aumento da pena máxima de prisão”, a plataforma acusou para: Nenhum registro encontrado para sua pesquisa – exato: Projeto de Lei 10.372/2018 Por favor, tente novamente outro termo. Nenhum registro encontrado para sua pesquisa – trinta anos de prisão é pouco, Por favor, tente novamente outro termo; 272472 resultados para Aumento da pena máxima de prisão entre 02.02.1992 – 06.06.2020 – diversos contextos, incluindo matérias que nada se relacionam com o termo pesquisado.

60. O termo efetivo se relaciona com o objetivo proposto na busca, qual seja, exposição do projeto de lei ou relação direta com os termos buscados.

Não se buscou a expressão “pacote anticrime”, dada a amplitude da referida proposta legislativa em promover alterações na legislação penal e processual penal.

- iii. trinta anos de cadeia é pouco: matérias esparsas, vários contextos;
- iv. aumento da pena máxima de prisão: matérias esparsas, vários contextos;
- v. passar mais tempo na cadeia: matérias esparsas, vários contextos.

Apesar de não terem sido encontradas matérias com os termos como exatamente procurados, há de se levar em consideração possível ineficiência do sistema de busca (ausência de precisão, principalmente no site da *Revista Veja*, onde não era possível pesquisar frases exatas, remetendo a resultados dispersos que, muitas das vezes, nada tinham a ver com a pesquisa). Ademais, deve ser ressaltado que o tema “aumento da pena de prisão” aparece em contextos muito variados, o que dificulta sua procura e, conseqüentemente, sua classificação.

Ressalte-se, por fim, que quando foi pesquisado termos como impunidade, punição, estupro, assassinato, sequestro, insegurança, vários conteúdos relacionado ao tempo de prisão foram encontrados, o que reforça a tese do parágrafo supra.

Enfim, o estudo das matérias veiculadas na mídia pode verificar, para além dos resultados já expostos, que:

- i. várias matérias sustentam a insuficiência de trinta anos de prisão para alguns crimes, contudo nenhuma que restou filtrada pelos termos pesquisados trata diretamente do tema (art. 75, caput, do Código Penal)⁶¹;
- ii. até o momento, de acordo com os termos e nos veículos pesquisados⁶², nenhum projeto legislativo que almeja alterar o art. 75, caput, do CP foi publicizado de forma específica e pormenorizada na mídia impressa;
- iii. parte dos projetos analisados foi, coincidentemente, precedido por matérias que estabeleciam críticas sobre a impunidade e a necessidade de se punir mais fortemente o agente do delito⁶³;
- iv. como já exposto, quando da utilização dos termos selecionados não se obteve

61. Exemplo: Edição 1686 – 7 de fevereiro de 2003 – *Revista Veja*: Capa “Prontos para matar”. Nome da matéria: “Somos todos reféns”. “Barbaridades cometidas por marginais: A lei brasileira prevê pena máxima de trinta anos de cadeia e, pela legislação americana, um assassino pode ser condenado à morte”. p.92. Nesta mesma página, sob a rubrica “Crimes iguais penas diferentes” apresenta-se uma tabela de “cumprimento médio de pena” entre o Brasil e os EUA, sendo que o tempo de cumprimento nos EUA é bem maior que do Brasil.

62. Advirta-se, por oportuno, que a plataforma utilizada pode apresentar erros na apresentação de informações, razão pela qual, conforme já exposto, se houvesse possibilidade material em realizar a pesquisa em material impresso ou com plataforma de busca mais eficaz, os resultados poderiam ser outros.

63. Por exemplo: Edição 1396 – 14 de junho de 1995 – *Revista VEJA*; Nome da matéria: O último suspiro – relata o caso dos sequestradores de Abílio Diniz e sugere que as penas elevadas, mormente as exaradas na sentença proferida pelo desembargador Marcelo Fortes Barbosa, foram exemplares, apesar de terem, em tese, violado o artigo 59 do CP.

resultado nas duas plataformas utilizadas, entretanto quando utilizados termos aleatórios como “impunidade”, “punição”⁶⁴; “pena exemplar”, dentre outros, o resultado foi imenso;

v. fato é que o tema aumento da pena de prisão aparece em contextos muito variados, contudo, a partir da presente pesquisa, pode-se perceber que a mídia impressa analisada, apesar de explorar frequentemente temas como impunidade, fragilidade do sistema prisional, necessidade de punição, não tematiza Projetos de Lei que incidem diretamente nestes temas.

3.5. *Resultado do conteúdo obtido nas etapas 1 e 2 da pesquisa: há alguma relação entre as proposições legislativas para alteração do art. 75, caput, do CP e o clamor midiático?*

Com o decorrer da pesquisa, percebeu-se que responder a esta pergunta não é tarefa simples ou consequência de um mero resultado imediato do cumprimento de algumas etapas, no caso 1 e 2. Vários fatores tiveram de ser considerados, principalmente quando da pesquisa efetuada no acervo eletrônico dos veículos midiáticos selecionados.

Os termos pesquisados, por exemplo, no acervo do jornal Folha de São Paulo, não obtiveram resultados efetivos, pois eram pesquisadas expressões exatas e em períodos determinados (conforme recorte exposto na seção “metodologia”), em algumas buscas o termo não era encontrado, em outras, eram expostas inúmeras matérias. De outro lado, os mesmos termos pesquisados no site da *Revista Veja*, levaram a incontáveis resultados, porém em contextos muito diferentes. Nesse último acervo, expressões exatas não são buscadas e isso dificultou muito a execução da pesquisa. Por exemplo, quando se pesquisou “trinta anos de prisão é pouco”, o sistema de busca direcionou para uma matéria relacionada às eleições chilenas⁶⁵.

Portanto, deve-se deixar claro, desde já, que o que aqui se afirma não tem a pretensão de ser encarado como “verdade absoluta”. Com uma pesquisa mais detalhada e com o espaço amostral ampliado, os resultados poderiam, muito bem, serem confirmados, porém, também poderiam ser contraditórios aos aqui expostos. Assim sendo, nesta etapa, passa-se a expor algumas impressões sobre o conteúdo analisado.

64. Edição 1328 – 23 de fevereiro de 1994 – Entrevista com Gary Becker – Afirma existir estudos que concluem que quando o criminoso acredita que não haverá punição a criminalidade aumenta. Edição 1335 – 13 de abril de 1994 – “A vara vai cantar” – punição, em Cingapura, por pichação, enseja seis chibatadas. A punição, na exposição da matéria, é traduzida como aceitável, analisando o teor do título quando o conteúdo da mesma, onde cita vários exemplos de países que se valem deste tipo de punição, bem como a aceitação, pela opinião pública norte americana desta sentença. Edição 1349 – 20 de julho de 1994 – Entrevista com Jo Groebel – “a violência é compensadora, enquanto o risco punição é cada vez menor. Isso é muito perigoso”. Dentre outras.

65. Edição 2353 – 25 de dezembro de 2013, p. 74.

Percebe-se que existem inúmeras críticas aos “benefícios” penais, sendo certo que vários textos, seja os cunhados por leitores ou jornalistas, alçam tais direitos a uma espécie de obstáculo em se punir⁶⁶, desaguando em impunidade. Na realidade, o que sedeseja é manter o “condenado afastado do convívio social, seja pelo aumento do tempo da pena de prisão, seja pelo cerceamento de “benefícios” penais que colocam o sentenciado na rua mais cedo.

Outro fator interessante, é que a partir da execução da pesquisa no processo legislativo e no campo midiático se pode constatar uma unanimidade. É que tanto em um, quanto em outro, quando o termo pesquisado é punição, os resultados constantemente remetem à palavra impunidade⁶⁷.

Várias matérias⁶⁸ e todos os Projetos de Lei analisados fazem menção à ideia de impunidade⁶⁹ e que o aumento da repressão aos sentenciados contribuirá para aliviar essa “endemia”. Este fato possibilita deduzir que há certa relação entre a mídia e o processo legislativo ou no mínimo um consenso.

Talvez não haja um processo de clivagem dentro do sistema de validade da informação que percorre o corpo social. Em razão disso, a mídia, não só influenciaria a sociedade para a formação de discursos de endurecimento do Direito Penal, como, também, poderia atuar diretamente no processo de produção legislativa.

É de se ressaltar, ainda, que a noção de impunidade aparece em contextos muito-variados, assumindo significados diferentes a depender da matéria e/ou justificativa analisada.⁷⁰ Parece que ideia de impunidade tem o condão de justificar tudo. Seja aumento de pena, seja corte de “benefícios” penais ou a criação de novos tipos incriminadores. É um verdadeiro “às”, tanto na mão dos legisladores, quando na dos jornalistas.

66. Exemplos: Edição: 2192 –*Revista Veja*. 24 de novembro de 2010. Comentário de leitor a respeito da edição “Porque os bandidos matam”?: “Condenados a trinta anos? Que fiquem de fato encarcerados. Não há porque beneficiar presos. Abram uma prisão agrícola no meio da selva amazônica e ponham-nos lá para trabalhar – sem salário.” p. 43. Edição 1990 – 10 de janeiro de 2007. “A pretexto de ‘ressocializar’ os presos, benefícios da lei penal alimentam a criminalidade.” p. 48.

67. Edição 1990 – 10 de janeiro de 2007. Edição especial contendo quarenta páginas, com uma capa totalmente preta “Crime”, tratando a respeito das estratégias de punição. Às páginas 46/48 “O Brasil que não pune... e o Brasil que pune mal.”

68. A título de curiosidade, informe-se que após pesquisa como termo impunidade, no sítio que hospeda o acervo da Folha de São Paulo, constatou-se a existência de mais de 8050 páginas que, apesar dos vários contextos existentes, constavam a expressão pesquisada.

69. Encaixam-se, perfeitamente os argumentos elaborados na Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito, n. 32/2010 – versão publicação, 2010, às páginas 57-60, para onde remetemos o leitor.

70. Conclusão semelhante à apresentada na Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito, n. 32/2010 – versão publicação, 2010, p. 39.

Outrossim, mais um resultado interessante é que, apesar de tanto se mediatizar aspectos relacionados à punição, os Projetos de Lei que almejam alterar o art. 75 do Código Penal quase não são mediatizados⁷¹. A partir das pesquisas nos acervos dos veículos midiáticos selecionado não se encontrou matérias específicas tratando do tema.

Enfim, não se pode afirmar categoricamente que o clamor midiático influi diretamente nas proposições legislativas. O que se pode concluir é que existem fortes pontos de contatos entre os argumentos utilizados nas justificativas e as matérias veiculadas pelos órgãos selecionados no que toca ao aumento da pena de prisão e do endurecimento da punição ao sentenciado, com vistas a combater a impunidade, a insegurança e dar uma resposta à sociedade e ao “cidadão de bem”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo espaço amostral selecionado a partir dos critérios supradescritos, pode-se perceber que os Projetos que objetivam à alteração do artigo 75⁷², *caput*, do Código Penal possuem, basicamente, a mesma justificativa, aumentar o tempo de reclusão dos sentenciados com vistas à obtenção de uma suposta segurança social. O texto penal passa a ser encarado com instrumento válido a convalescer os males da sociedade. O aumento da repressão Estatal se legitimaria com a diminuição da sensação de impunidade.

A eficácia simbólica do texto legal é notória. Hassemer ensina que neste contexto os “efeitos reais e afirmados não são esperados, o legislador obtém, pelo menos, o ganho político de ter respondido aos medos sociais e às catástrofes de grandes proporções com prontidão”, enfim os textos continuam sendo meros textos, não normas compreendidas pela sociedade.

71. Em uma rápida busca na internet alguns sites, especialmente jurídicos, expunham tal discussão.

72. Por conseguinte, faz-se todo relevante destacar, ainda que de modo breve, que no curso da presente pesquisa restou promulgada a Lei Ordinária de 13.964/2019 conhecida popularmente como “pacote anticrime” (termo dotado de alta carga simbólica no meio popular).

Em que pese o presente trabalho ter como um de seus objetivos analisar projetos de lei e não a legislação vigente, em razão do conteúdo da Lei 13.964/2019 guardar relação direta com a Proposição 10.372/2018, faz-se mister expor como a legislação penal, a partir de 23.01.2020, passou a dispor sobre o tema principal desta pesquisa.

É que a referida Lei, como mencionado, conteve o Projeto 10.372/2018 que previa o aumento do tempo máximo de cumprimento de pena para 40 (quarenta) anos. Neste sentido, a redação atual do art. 75 do CP é passível de ser:

“Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. § 2º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.”

Todos os projetos analisados, sem exceção, buscam subsídios na ideia de impunidade, em que pese os variados contextos. Algumas justificativas são mais incisivas do que outras, entretanto todas veem na punição uma válvula de escape para o sentimento social de ineficácia da máquina punitiva Estatal.

De outro lado, no que concerne a atuação da mídia, pode-se verificar que o tema objeto da pesquisa praticamente não é discutido. Muito se delibera a respeito da ineficiência do sistema prisional e da suposta sensação de impunidade e insegurança, porém quase não se fala dos Projetos de Lei que almejam aumentar o tempo de cárcere do sentenciado. Enfim, pode-se verificar, a partir das justificativas dos projetos de leis analisados, e de boa parte das matérias lidas, que uma suposta sensação de insegurança⁷³ é a grande justificativa para a expansão da atividade repressiva do Estado, por meio do Direito Penal. Explico: O conteúdo dos Projetos, bem como de algumas matérias analisadas procuram afastar o sentenciado, pelo maior tempo possível, do corpo social, via de consequência, o cidadão de bem pode sair tranquilo na rua. A figura do Leviatã nunca foi tão bem dissimulada como na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v.11, n.62, p.106-153, jun.-jul. 2010.
- BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. Alta costura. *Comunicação feita em Noroit (Arras) em novembro de 1974 e publicada em Noroit, 192, novembro de 1974, dezembro de 1974, janeiro de 1975*.

73. Guardadas as proporções, o medo da morte violenta na contemporaneidade poder-se-ia traduzir pelo receio à integridade física, psíquica, proteção do patrimônio etc.

- BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. Comunicação feita em Noroit (Arras) em janeiro de 1972. *Les Temps Modernes*, 318, jan. 1973.
- BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Trad. Miguel Serras Pereira. Portugal: Fim de Século, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GASTON, Bachelard. *A formação do espírito científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. 15. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*. 5. ed. Madri: Taurus, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HART, Helbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LIMA, Venício A. de. *Mídia: teoria e política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.
- MACHADO, Maíra Rocha et al. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. São Paulo: FGV, 2010. (Série Pensando o Direito) n. 32/2010 – versão publicação.
- MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Os fins da pena: reflexos a partir da análise da vingança e do castigo no pensamento de Friedrich Nietzsche expressos em Humano, demasiado humano*. 2. ed. São Paulo, 2010-2011. (Coleção Guias de Filosofia, Nietzsche) v. 2, p. 44-49.
- MARTINS, Carlos Benedito. *Notas sobre a noção prática em Pierre Bourdieu*. Disponível em: [http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/96/20080627_sobre_a_nocao_da_pratica.pdf]. Acesso em: 13.02.2016.
- MENDES, Ronaldo Pimenta; ALVES, Daniel Limongi. A construção do medo a partir do campo midiático: os possíveis influxos no corpo social para a concordância com o direito penal máximo. *Justiça & Cidadania*. Disponível em: [www.editorajc.com.br/2015/05/construcao-medo-partir-campo-midiatico-os-possiveis-influxos-no-corpo-social-para-concordancia-com-o-direito-penal-maximo/]. Acesso em: 08.07.2015.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2009.

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PAGNAN, Rogério. *Metade do país acha que bandido bom é bandido morto, aponta pesquisa*. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml]. Acesso em: 26.01.2016.
- PISANI, Marília Mello. Marxismo e psicanálise no pensamento de Herbert Marcuse: uma polêmica. *Rev. Mal-Estar e Subj.*, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 23-64, mar. 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482004000100003&lng=pt&nrm=isso]. Acesso em: 24.07.2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Critérios para cálculo da pena-base: "ponto de partida", "termo médio" e regras de quantificação, de Salo de Carvalho – *RT* 978/173-194 (DTR\2017\625); e
- Das penas e sua aplicação, de Everardo da Cunha Luna – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/477-485 (DTR\2012\450388).

PROIBICIONISMO E ALTERNATIVAS

PROHIBITIONISM AND ALTERNATIVES

SEBASTIAN SCHEERER

Criminólogo. Diretor do *Institut für kriminologische Sozialforschung*,
Hamburgo, Alemanha (1995-2014).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8622-0463>
Sebastian.Scheerer@uni-hamburg.de

LUIS CARLOS VALOIS

Juiz de Direito titular da Vara de Execuções Penais do Amazonas.
Mestre e Doutor em Criminologia e Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1984-4345>
lcvalois@yahoo.com.br

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Internacional.

RESUMO: O presente trabalho aborda a questão do proibicionismo em matéria de drogas, sua origem histórica e expansão, sobretudo na política criminal norte-americana, revelando os objetivos perversos de muitas medidas penais. Em um segundo momento, retrata-se a influência de ditas ideias na construção da política criminal de drogas vigente hoje em muitos países, inclusive no Brasil, expondo a influência internacional existente na definição de seus rumos. Por fim, propõe-se algumas possibilidades de confrontá-la e superá-la. Foi utilizada como metodologia a pesquisa doutrinária e legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Proibicionismo – Política Criminal de Drogas – Tratados internacionais.

ABSTRACT: This paper addresses the issue of drug prohibitionism, its historical origin and expansion, especially in North American criminal policy, revealing the perverse objectives of many criminal measures. Secondly, the influence of these ideas on the construction of the criminal drug policy in force today in many countries, including Brazil, is analyzed, discussing the existing international influence in defining its directions. Finally, it proposes some possibilities to confront it and overcome it. Doctrinal and legislative research were used as methodology.

KEYWORDS: Prohibitionism – Criminal Drug Policy – International treaties.

SUMÁRIO: 1. Proibicionismo. 1.1. Primeiras proibições. 1.2. Proibição mundial das drogas. 1.2.1. Origens. 1.2.2. Funcionamento. 1.2.3. Consequências. 1.3. Tendências divergentes. 1.3.1. Pragmatismo. 1.3.2. Dogmatismo. 2. Alternativas. 2.1. Novo controle das drogas. 2.1.1. Regulamentação restritiva: Uruguai. 2.1.2. Regulamentação liberal. 2.2. Mudanças. 2.2.1. Revisão de tratado. 2.2.2. A política da desconsideração. 2.3. Diversidade Global. 3. Conclusão. Referências.

1. PROIBICIONISMO

O proibicionismo é uma doutrina e um movimento que demanda ações legais contra todos os usos não autorizados (especialmente recreacionais) de uma ou mais substâncias psicoativas, como álcool, tabaco, *cannabis*, cocaína e outros opioides. O movimento quer transformar normas sociais de abstinência, que estão enraizadas nos hábitos e religiões de partes da sociedade, em leis obrigatórias para todos. Ele justifica sanções criminais contra a produção e a distribuição de certas drogas pela finalidade de mantê-las indisponíveis ao uso particular. Em alguns casos, o proibicionismo pode propagar e justificar o uso de sanções criminais contra usuários de drogas. Conforme o proibicionismo:

- drogas são perigosas demais para estarem à disposição da população. Portanto, devem ser proibidas por lei, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no texto legal de tratamento médico ou outros interesses públicos relevantes;
- qualquer consumo particular de drogas (principalmente por prazer) é abuso;
- o abuso de drogas é nocivo, moralmente indefensável e socialmente inaceitável;
- o que o usuário vê como sua própria vontade de se envolver em uma atividade recreacional arriscada, porém legítima, é uma ilusão de autonomia; o abuso de drogas é consequência de imaturidade, ignorância ou imoralidade; o abuso não é uma questão de liberdade, mas de auxílio necessário que leve à abstinência.

Diversas são as consequências legais:

- como atividade inerentemente indigna, o uso pessoal, não médico, de drogas, não tem nada a ver com o direito das pessoas à busca da felicidade ou ao lazer. Assim, não existe o direito ao uso de drogas. Devido ao perigo e às consequências danosas do uso, a defesa de tal direito, além de equivocada, é cínica;
- a proibição das drogas é comparável a qualquer outro controle sanitário, mantendo pessoas longe de substâncias ou situações perigosas para o seu próprio bem. É uma justificável forma de paternalismo, que não faz distinção entre estilos de vida, mas oferece proteção igual a todos;
- justificadas pela obrigação do Estado de proteger a sociedade do abuso de drogas e do vício, as leis têm duas importantes funções: (1) a função simbólica de servir como uma clara mensagem contra o abuso de drogas, reforçando normas

e sanções informais já existentes em segmentos da sociedade civil; e (2) a função instrumental de manter as drogas igualmente longe de jovens e adultos;

- os viciados são mais vítimas de atividades criminosas do que autores de crimes. Os principais culpados são aqueles que disponibilizam as drogas à população. A proibição deve combater a oferta, o que direciona o rigor da lei para produtores, traficantes, transportadores ou atravessadores, assim como para o pequeno comerciante. Dependentes devem ser tratados; mas, para conter o vício, são justificáveis sanções criminais contra atividades tais como a de compra de drogas e posse para uso próprio;
- a ameaça das drogas justifica legislações e ações excepcionais, comparáveis às de um estado de sítio ou às de tempos de guerra;
- a ideia de legalização é equivocada e proporciona a mensagem errada. Ao contrário, deve-se reforçar a lei e o sistema penal para combater o crime organizado.

O proibicionismo pretende vencer a guerra às drogas. Dada à alta prioridade atribuída a esse objetivo – muitas vezes citado como a necessidade de se alcançar um mundo sem drogas – a tendência tem sido a de não se discutir os diversos custos materiais e imateriais envolvidos. Paradoxalmente, entretanto, apesar do extraordinário esforço, a eficácia nunca foi a marca registrada do proibicionismo na história.

1.1. Primeiras proibições

Em períodos anteriores, as proibições se concentraram, geralmente, no tabaco, no álcool, ou mesmo no café. A proibição do tabaco, no século XVII, era um fenômeno comum. A repressão ao fumo do tabaco na China contribuiu, inclusive, para a difusão do fumo do ópio,¹ e a severidade das sanções russas sob o reinado do Czar Michael (1613-45) só era ultrapassada em rigor pelo prazer que, segundo consta, tinha o sultão otomano Murad IV (1623-40) ao decapitar pessoalmente os presos.²

Enquanto o sultão proibia o álcool e o café, Frederick II da Prússia (1740-86) recomendava sopa de cerveja para os seus soldados ao mesmo tempo em que proibia o café – inclusive empregou uma força tarefa contra cheiradores de café, com ordens para invadir casas de suspeitos e apreender não só o pó, mas potes e xícaras.³

1. Cf. FIELDS, A.; TARARIN, PA. Opium in China. *Br. J. Addict.*, v. 64, 1970, p. 371-382.

2. Cf. ROMANIELLO, MP.; STARKS, T. *Tobacco in Russian History and Culture: From the Seventeenth Century to the Present*. New York and London: Routledge, 2009; GREHAN, J. Smoking and, Early Modern “Sociability: The Great Tobacco Debate in the Ottoman Middle East (Seventeenth to Eighteenth Centuries). *The American History Review*, 111, p. 1352-77, 2006.

3. EBERTY, F. *Geschichte des preußischen Staats 5: 1763-1806*. Breslau: Trewendt 1870: 35.

No que se refere ao tabaco, as sociedades contemporâneas têm se restringido à imposição de sistemas regulatórios – com a exceção do reinado de Bhutan, no Himalaia, que reviveu a repressão ao tabaco em 2004, proibindo a produção, a importação e a venda de cigarros.⁴

Há somente dois modelos de proibição que efetivamente ficaram marcados na história: a proibição do álcool nos EUA, de 1920 a 1933; e o sistema internacional de controle de narcóticos ainda em vigor. Ambos os “nobres experimentos” são originários da mesma fonte de zelo religioso e de reforma social do século XIX e do início do século XX nos EUA, ocasião em que se viu o movimento moderado pela temperança se transformar no movimento mais radical pela proibição. Mas há objetivos e características diferentes entre esses dois modelos de proibição:

- a proibição do álcool era limitada apenas a uma substância e somente a um país – enquanto a proibição das drogas é mundial e cresceu da preocupação com apenas uma substância (ópio) até atingir o controle de aproximadamente outras 250 drogas;
- a proibição do álcool se limitou à proibição das atividades de comércio, não criminalizando a compra e a posse para uso próprio – enquanto a proibição das drogas estendeu as sanções criminais para a esfera do consumo;
- enquanto a proibição do álcool foi logo reconhecida como equivocada, a proibição das outras drogas ainda apresenta, apesar de ligeiramente abalado, um consenso global;
- enquanto a proibição do álcool era uma questão doméstica altamente controversa e vulnerável a uma oposição organizada, o controle de narcóticos começou sob o argumento de uma política internacional destinada a solucionar a questão asiática do ópio, alcançando progressivamente o apoio geral da opinião pública;
- enquanto a proibição do álcool foi uma intervenção imediata e dramática no cotidiano das pessoas, a proibição das drogas se deu de forma gradual, estendendo-se por décadas. O atual complexo sistema internacional de proibição surgiu paulatinamente do que originariamente era apenas uma modesta tentativa de introduzir um sistema comum de controle no comércio internacional. Quando surgiu alguma oposição significativa, esse sistema internacional de proibição já havia profundamente estruturado na legislação e nas organizações internacionais.

O movimento pela proibição do álcool veio do Partido Proibicionista (Prohibition Party), fundado em 1869, da União das Mulheres Cristãs pela Sobriedade (Woman's Christian Temperance Union), de 1873, e da Anti-Saloon-League, de 1895. Assim, a

4. Com sua atual Lei de Controle do Tabaco, de 2010, reformada em 2014, o país pretende alcançar o nobre objetivo estatal de promover a felicidade nacional, como expresso no art. 9º da Constituição de 2008.

instituição da proibição, que se deu pela Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos e pela Lei de Proibição Nacional (National Prohibition Act), também conhecida como Volsted Act, de 1919, simbolizou a vitória da rural América do Norte protestante, defendendo seus valores tradicionais e estilo de vida, contra o fluxo constante de imigrantes católicos da Irlanda, da Itália e da Alemanha.

O álcool se tornou o símbolo de todo o mal temido pelas antigas elites quando estas pensavam em imigração em massa, urbanização, industrialização, radicalização política e decadência moral da política e da sociedade nas grandes cidades.⁵ Tal conflito cultural dividiu a população em dois campos rigorosamente opostos: o dos secos (*drys*) e o dos molhados (*wets*).

Muitos cidadãos sentiram a proibição do álcool como uma violação ao seu direito de decidir livremente entre a bebida e a abstinência, o que levou a um fenômeno conhecido como reatância, uma desobediência massiva sem qualquer sentimento de culpa, fazendo da proibição um verdadeiro Trabalho de Sísifo.

Apesar de ter obtido algum sucesso – a proibição do álcool teria reduzido a mortalidade por cirrose hepática e, o que é amplamente aceito, diminuído de forma duradoura o consumo de álcool em geral⁶ –, atualmente a maioria das análises concordam que a medida foi tanto um erro quanto um fracasso.⁷

E o que fez a proibição do álcool ser considerada um equívoco a não ser repetido – inclusive aqueles que veem na proibição algum sucesso normalmente não pedem o retorno do sistema proibicionista para essa droga – tem a ver com os exorbitantes danos e custos dos seus efeitos colaterais. Ao contrário das expectativas iniciais do campo seco (*dry*),⁸ a proibição nunca diminuiu os índices de crime e violência – nem fez melhorar a saúde pública ou prosperar a economia. Ao contrário, o consumo do álcool desnaturado levou a uma epidemia de paralisia e a um aumento acentuado das taxas de mortalidade

5. Cf. GUSFIELD, JR. *Symbolic crusade*. Status politics and the American temperance movement. 2. ed. Urbana: University of Illinois Press 1986.

6. BLOCKER, JS. Did Prohibition Really Work? Alcohol Prohibition as a Public Health Innovation. *American Journal of Public Health*, 96, p. 233-43, 2006.

7. Cf. THORNTON, M. Alcohol Prohibition Was A Failure. Cato Institute. *Policy Analysis*, Washington, D.C., 157, 1991; BEHR, E. *Prohibition: Thirteen Years that Changed America*. New York: Arcade, 1996; SINCLAIR, A. *Prohibition: Era of Excess*. Boston: Little, Brown & Co., 1962. dissenting: MOORE, MH. Actually, Prohibition Was a Success. *The New York Times*, 16 Oct. 1989.

8. Na noite anterior à proibição entrar em vigor, essas expectativas foram poeticamente resumidas por um famoso jogador de baseball, que havia se tornado evangélico, Billy Sunday, o qual declarou, na frente de 10 mil pessoas: “O reino das lágrimas terminou. A miséria logo ficará para memória. Transformaremos nossas prisões em fábricas e nossas cadeias em armazéns e depósitos. Os homens andarão de cabeça erguida, as mulheres e as crianças sorrirão. O inferno estará eternamente desocupado”. Cf. ALLERFELDT, K. *Crime and the Rise of Modern America: A History from 1865-1941*. New York, London: Routledge, 2011. p. 115.

por intoxicação alcoólica;⁹ o fechamento das cervejarias e bares legalizados causou desemprego, contribuindo inclusive para o declínio da marinha mercante norte-americana – além de desprover o governo federal de uma quantia substancial recolhida a título de impostos.¹⁰

Longe de esvaziar as prisões, a proibição lotou as cadeias, penitenciárias e tribunais com tantos suspeitos que as transações judiciais, o conhecido *plea bargaining* norte-americano, acabou se tornando um instrumento regular do sistema de justiça dos Estados Unidos. Sem muita consideração à presunção de inocência ou ao devido processo legal, milhares de casos eram resolvidos em um piscar de olhos.¹¹

A desconsideração da população para com a lei tornou-se um problema sério. Bares eram fechados, mas, em seus lugares, outros ilegais, os *speakeasies*, eram abertos – a ponto de, somente em Nova York, haver entre 30 e 100 mil deles no ano de 1925.¹² A corrupção da polícia e dos demais agentes do Estado se tornou epidêmica e impossível de controlar.¹³ As organizações criminosas floresceram e se tornaram amplamente bem-sucedidas no comércio do álcool.¹⁴

Como John D. Rockefeller Jr. declarou, opondo-se à proibição em 1932, “um grande exército de criminosos surgiu; muitos dos nossos melhores cidadãos tinham abertamente ignorado a Proibição; o respeito à lei diminuiu enormemente e a criminalidade cresceu a níveis nunca vistos”.¹⁵

1.2. Proibição mundial das drogas

1.2.1. Origens

As bases da atual proibição mundial das drogas podem ser encontradas nas Filipinas no ano de 1903. Os EUA tinham acabado de tomar e ocupar as ilhas depois da guerra hispano-americana. O governador das Filipinas, preferindo a regulamentação à proibição (porque assim seriam geradas taxas e evitados os custos de fiscalização das fronteiras), esteve prestes a reestruturar o sistema de licenciamento que os antigos

9. Cf. MORGAN, JP. The Jamaica Ginger Paralysis. *JAMA*, 1982, 248(15), 1864-67.

10. Cf. Supra, fn. 6 (Blocker 2006).

11. FISHER, G. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

12. Cf. KELLY, KC. *The Volstead Act and Related Prohibition Documents*. Washington, D.C.: National Archives and Records Administration (ERIC Number: ED463204), 2000; for the failure of prohibition in New York City, cf. LERNER, MA. *Dry Manhattan: Prohibition in New York City*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

13. Cf. SCHMÖLDERS, G. *Die Prohibition in den Vereinigten Staaten*. Leipzig C.L. Hirschfeld, 1930. p. 137-48.

14. Cf. LANDESCO, J. *Organized Crime in Chicago*. Chicago: University of Chicago Press, 1929.

15. OKRENT, D. *Great Fortune: The Epic of Rockefeller Center*. New York: Viking Press, 2003. p. 246-7.

governantes da ilha tinham implementado, permitindo a importação de certa quantidade de ópio para uso por um grupo de habitantes de Manila, os quais eram, em sua maioria, de origem chinesa.

Contudo, vivia-se nos EUA o auge da igreja protestante e das organizações missionárias, que entendiam como imoral um governo lucrar com o flagelo humano. Organizada por uma entidade religiosa de lobby político – o Serviço de Reforma Internacional (*International Reform Bureau*), fundado em 1895 –, uma enxurrada de mais de 2 mil petições telegráficas pediu por uma absoluta proibição do ópio nas Filipinas.

Assim, Washington emitiu uma contraordem e solicitou a um bispo que liderasse o Comitê Filipino do Ópio, composto por três pessoas, e que logo recomendaria não só a proibição do ópio local, mas em toda a região, incluindo a China. Em 1905, o Congresso Norte-Americano autorizou o governo colonial das Filipinas a “proibir completamente a importação e a venda do ópio”, e, a partir de 1907, começaram os preparativos para uma reunião internacional sobre a questão.

Esse foi o ponto de partida de um século em que os EUA construíram e fortificaram um sistema global: primeiro para o ópio e depois, respectivamente, para mais e mais narcóticos, drogas perigosas e substâncias controladas – com as designações variáveis indicando os círculos concêntricos nos quais o objetivo do sistema cresceu ao longo do tempo.¹⁶

Embora seja correto afirmar que há diversas religiões e políticas governamentais proibicionistas em outras partes do mundo – notadamente na China e nos países de maioria mulçumana –, os EUA, devido ao seu papel dominante na política internacional, persistentemente se mantêm como o principal responsável pelo experimento proibicionista mundial. Sua iniciativa foi essencial para o sucesso do primeiro encontro internacional, em Xangai, em 1909 (conhecido como Comissão de Xangai) e da histórica Convenção do Ópio de Haia de 1912, bases do futuro sistema internacional de proibição.

As duas Convenções do Ópio de Genebra de 1925 adicionaram mais drogas (incluindo a *cannabis*), e a Convenção para Limitar a Manufatura e Regular a Distribuição de Narcóticos (Convention for Limiting the Manufacture and Regulating the Distribution of Narcotic Drugs) de 1931, também em Genebra, criou as bases para o sistema atual, dando a uma autoridade central o direito de determinar formalmente a demanda global por narcóticos e a redução da produção mundial a este nível.

Mais de vinte anos depois de iniciado o funcionamento desse sistema (em 1º de janeiro de 1934), foi dito sobre seus “excelentes resultados produzidos. Em poucos anos a manufatura mundial foi quase reduzida às exigências médicas e científicas. Ocasionalmente,

16. Somente um único grande projeto norte-americano da década de 1920 não pode ser concretizado em razão da oposição internacional, que foi a ideia – nascida no auge da sua própria proibição do álcool – de reproduzir a sua política de sobriedade incluindo o álcool no controle internacional de narcóticos. cf. ARMENTA, A.; JELSMA, M. *The UN Drug Control Conventions. A Primer*. Amsterdam: Transnational Institute: 3.

a manufatura sequer tem suprido tais exigências, e tem sido necessário suprir o déficit com os estoques”.¹⁷

No entanto, o esmorecimento desse sucesso não demorou a ser percebido. Logo, a demanda não médica, que era satisfeita com o desvio da produção legal por via de canais suspeitos, estimulou um novo fenômeno. O controle era realizado sobre a indústria farmacêutica, mas agora plantações secretas e laboratórios clandestinos estavam surgindo e onde quer que fossem destruídas ou descobertos, surgiam outros em locais diferentes.

Esse fenômeno do mercado negro e o efeito de deslocamento (*displacement*) da repressão se tornaram problemas insolúveis para o controle das drogas, apesar dos esforços crescentes – da Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas (1936) à Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Com as emendas aos tratados em 1946 (Lake Success), 1948 (Paris), e 1953 (New York), a estrutura foi se tornando cada vez mais complexa, até se decidir unir todos os tratados em um único texto, usando-se a ocasião para simplificar o regime inteiro – e de tal esforço resultou a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, ainda em vigor.

1.2.2. Funcionamento

Hoje a proibição mundial das drogas é considerada norma internacional. Suas disposições legais são obrigatórias para todas as partes signatárias das três convenções da ONU: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988:¹⁸

- a Convenção de 1961 obriga os estados membros a aprovarem leis a fim de que “a posse, uso, comércio, distribuição, importação, exportação, manufatura e produção das drogas sejam exclusivamente limitadas aos propósitos médicos e científicos”. Os países são obrigados a estabelecer cooperação penal e a garantir que as drogas tidas como ilegais sejam usadas apenas nos casos autorizados;
- a Convenção de 1971 expande a abrangência da proibição a outras drogas (ex. LSD);
- a Convenção Única de 1988 determina que os países transformem em crime a posse e a compra das drogas selecionadas, confiscuem os produtos desses crimes e permitam aos tribunais ou autoridades competentes tornar acessíveis os registros bancários, financeiros e comerciais, violando o sigilo bancário.

17. RENBORG, BA. International Control of Narcotics. *Law and Contemporary Problems*, 22, p. 86-112, 92, 1957.

18. Em 27 de fevereiro de 2017, de um total de 193 países-membros da ONU, 185 tinham aceitado as regras da Convenção de 1961, 183 as da de 1971, e 189 as da de 1988 (27.02.2017).

Os três tratados não são muito precisos em suas disposições, assim como não são autoexecutáveis, i.e., eles precisam ser convertidos em lei nacional, o que abre a possibilidade de surgirem diferenças no trato da questão de acordo com a legislação do país – principalmente no que se refere à extensão e à severidade das sanções aplicáveis.

Alguns países tomaram ao pé da letra a obrigação de fazer da posse de drogas uma conduta punível, enquanto outros reconheceram a exceção da posse para uso pessoal. Todavia, no que diz respeito à principal questão, as três convenções de droga da ONU foram suficientemente claras: a legalização e a regulamentação das drogas tidas como ilícitas não são permitidas.

Os principais órgãos da ONU responsáveis pelo funcionamento e pela fiscalização do regime mundial de proibição são a Commission on Narcotic Drugs (CND), o International Narcotics Control Board (INCB), e a United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). A CND é composta por 53 Estados-membros. Fundada para auxiliar o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) na supervisão da execução dos tratados internacionais de drogas, seu mandato foi ampliado pela Assembleia Geral da ONU de 1991 para também atuar como órgão dirigente do UNODC. Com funções normativas e operativas, a CND é a pedra angular do regime mundial de proibição. O UNODC, com sede em Viena, coordena as atividades internacionais de controle e assiste aos estados membros na ratificação e implementação dos tratados e no desenvolvimento das legislações nacionais. Ainda, é o local de avaliação de questões ligadas a drogas, crimes, e terrorismo internacional, tanto no âmbito político quanto prático.

O INCB é composto por 13 pessoas eleitas pelo ECOSOC. Antes conhecido como Conselho Permanente do Ópio (Permanent Central Opium Board), o INCB não é apenas a autoridade central que planeja e supervisiona internacionalmente o comércio legal das drogas, mas também monitora a observância dos países no que se refere às convenções. No caso de desrespeito de alguma norma por parte de qualquer governo, o INCB pode notificar o respectivo governo, ou ainda levar o fato ao conhecimento dos demais países (e.g. no seu relatório anual) e dos demais órgãos da ONU. Em casos mais graves, pode inclusive recomendar a exclusão do país do comércio mundial de remédios.

1.2.3. Consequências

Não obstante o primeiro século de repressão internacional ser visto como um sucesso pelas próprias agências mundiais de repressão,¹⁹ o crime organizado cresceu durante esse

19. Cf. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *A Century of International Drug Control*. Vienna, 2009 (=World Drug Report, 2008, chapter 2).

tempo, suprindo cada vez mais consumidores (WERB et al., 2013), e hoje há mais pessoas usando drogas “do que em qualquer outro ponto da história do controle de drogas”.²⁰

Como afirma a Global Commission on Drugs (2014), a comunidade internacional “está mais longe do que nunca de realizar um ‘mundo livre de drogas’”, um fracasso em seus próprios termos.

A ineficácia, contudo, é apenas um aspecto. A proibição tem consumido bilhões e enriquecido criminosos. A ONU estima em 230 bilhões de dólares o valor anual do mercado ilícito de drogas. Imensuráveis danos têm sido causados à saúde e à segurança, à atividade judicial, à ordem legal e ao desenvolvimento econômico em todo o mundo.

Enquanto isso, países que experimentaram alguma espécie de descriminalização não economizam somente os custos com a repressão, mas também salvam vidas.²¹

1.3. Tendências divergentes

Há, entretanto, tendências divergentes. Apesar de também submetidos ao regime internacional de proibição, alguns países tentam adotar uma política mais pragmática, enquanto outros buscam o sucesso com medidas extremas. Aos poucos, mas demonstrando forte tendência, uma “zona de pragmatismo” (BEWLEY-TAYLOR, 2012) predominantemente ocidental vem se opondo a uma “zona de dogmatismo” predominantemente oriental. As diferenças são mais acentuadas com relação às estratégias de redução de danos e à legalização da maconha. A *cannabis* se tornou “o ponto mais vulnerável em todo o edifício internacional”, e divergências persistentes nessa questão podem vir a “arruinar todo o sistema”.²²

1.3.1. Pragmatismo

O pragmatismo tem sua base filosófica na ética consequencialista, e considera uma ação moralmente correta se esta produz consequências predominantemente benéficas.²³

20. BUXTON, J. *The Political Economy of Narcotics: Production, Consumption and Global Markets*. London: Zed Books, 2006. p. 71, 85.

21. For the UN estimate cf. UNODC, 2005 World Drug Report. Vienna: United Nations, 2005: 2; for overviews: BAUM, D. *Smoke and Mirrors: The War on Drugs and The Politics of Failure*. Waltham, MA: Little, Brown & Co., 1996; MIRON, JA. 1999. Violence and the U.S. prohibitions of drugs and alcohol. *American Law and Economics Association*, 1, p. 78-114, 1999; MIRON, JA. *Drug War Crimes: The Consequences of Prohibition*. Oakland: Independent Institute, 2004; DELL, M. Trafficking Networks and the Mexican Drug War. *The American Economic Review*, p. 1738-79, 2015; para um caso de descriminalização exemplar cf. GREENWALD, G. *Drug Decriminalization in Portugal*. Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies. Washington, D.C.: Cato Institute, 2009.

22. UN Commission on Narcotic Drugs, Fifty-First Session. Making Drug Control ‘Fit for Purpose’: Building on the UNGASS Decade. Report by the Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime. E/CN.7/2008/CRP.17, 7, March 2008:15.

23. WODAK, A. Ethics and Drug Policy. *Psychiatry* 6, 2007, 59.T.

Tal postura tem sido a de alguns países ocidentais (europeus), que introduziram terapias de substituição de opioides, programas de agulhas e seringas e salas de injeção, seguindo uma tendência de punir menos, principalmente no que diz respeito ao consumo.

Apesar de criticados pela ONU, que os acusa de descumprir os tratados, tais países garantem ao organismo internacional que suas políticas não significam violações dos tratados e que se mantêm firmes no cumprimento de suas obrigações internacionais. Evidentemente, países como a Holanda e Portugal ampliam as possibilidades de interpretação da lei ao máximo e contradizem, no mínimo, o espírito do proibicionismo.

Tal política tem sido denominada de “leve renúncia” (BEWLEY-TAYLOR, 2012). Conquanto a leve renúncia (*soft defection*) não seja uma alternativa ao proibicionismo, pois mantém os princípios proibicionistas, tenta suavizar suas consequências na vida real.

Com efeito, são países sempre prontos a negar qualquer dissidência. Além disso, a descriminalização adotada na esfera do consumo sequer alcança o nível de tolerância existente nos EUA nos 14 anos de proibição do álcool. Contudo, essa “leve renúncia” pode ser um importante precedente a indicar mudanças legais futuras. Entre os exemplos de “leve renúncia” estão os *coffee shops* holandeses e a descriminalização portuguesa de 2001.

Coffee shops holandeses

O fenômeno dos *coffee shops* na Holanda, onde a venda de produtos da *cannabis* (principalmente maconha, mas também haxixe) para uso pessoal a indivíduos acima de 18 anos é tolerada pelas autoridades locais, é o exemplo principal e mais importante, bem como o que melhor demonstra as limitações do pragmatismo no mundo da proibição internacional.

Desde 1970 a Holanda tem mantido uma posição tolerante com relação aos usuários de *cannabis*. O país possui aproximadamente 325 mil usuários regulares entre os seus 16 milhões de habitantes. Amsterdã, especialmente, atrai um grande número de estrangeiros “turistas da droga”.

Atualmente, em 2017, mais de 100 dos 443 municípios holandeses permitem pelo menos um *coffee shop*. Todavia, tanto como resultado de pressão internacional, como em razão de políticas conservadoras nacionais, o número de *coffee shops* diminuiu de 2 mil para mais ou menos 600, com cerca de 160 em Amsterdã.

Na Holanda, uma pessoa adulta pode cultivar até seis pés de *cannabis* para uso próprio. A venda de *cannabis* é “ilegal, mas não punível”. A lei não é aplicada e não haverá repressão, desde que os *coffee shops* se mantenham a uma distância mínima de 250 metros de qualquer escola, respeitem a regra de (1) não fazer propaganda, (2) não vender ou tolerar o uso de drogas pesadas em suas instalações, (3) não vender para ninguém abaixo de 18 anos, (4) evitar o barulho ou qualquer distúrbio da paz, (5) não vender mais do que 5 gramas para cada consumidor e não armazenar mais do que 500 gramas em suas instalações.

São os municípios que decidem quantos *coffee shops* serão permitidos nos seus territórios, assim como se reservam ao direito de proibir a venda de *cannabis* a turistas. O

coffee shop que violar qualquer das regras pode ser fechado temporariamente (entre três e seis meses) ou permanentemente.

O sistema de licenciamento foi adotado com base em recomendações que indicavam o risco relativamente aceitável associado à *cannabis*, e nas vantagens que o licenciamento traz mantendo a separação entre drogas leves e pesadas.

O resultado dessa legalização de fato da *cannabis* na Holanda foi um aumento da oferta da droga, mas – interessantemente – sem correspondente aumento no consumo. E em um período em que a *cannabis* tem sido intensivamente reprimida nos EUA, mas legalizada de fato na Holanda, a comparação do uso de *cannabis* entre pessoas de 15 a 64 anos revelou taxas mais elevadas de pessoas que consumiram *cannabis* pelo menos uma vez na vida nos EUA (41,5%) do que na Holanda (25,7%).

Juridicamente, a base para o sistema de *coffee shops* está em uma distinção entre o direito escrito e o direito posto em prática. De acordo com a Lei do Ópio holandesa de 1976, a posse de *cannabis* continua sendo crime, mas o princípio da conveniência (*expediency principle*) – segundo o qual a repressão não deve ser uma resposta automática à ilegalidade – permitiu ao Ministério da Justiça dar uma menor prioridade às infrações relativas ao consumo de *cannabis*.

Usou-se o argumento, de alguma forma sofista, de que os tratados internacionais apenas exigem a criminalização, mas não dizem nada a respeito da efetiva execução, para “alargar a flexibilidade das convenções dentro de seus próprios limites” (185).

Havia, e.g., um plano minucioso para impedir a venda clandestina passível de ser causada pela permissão dos *coffee shops*. Tal plano, denominado “Coffee shops out of the Shadow” (1998), propunha ampliar a possibilidade do sistema de licenciamento aos produtores, os quais supririam a demanda dos *coffee shops* com a garantia de possibilidade de fiscalização sobre a qualidade e os impostos. De sua parte, os proprietários dos *coffee shops* se obrigariam a comprar somente dos produtores licenciados, afastando seus negócios da cena do tráfico internacional e mantendo o comércio local na esfera da legalidade.

Tal plano não pôde ser levado a efeito devido à oposição tanto dos EUA como dos órgãos relacionados à política de drogas da ONU (186 f.). Assim, o regime mundial de proibição acaba obrigando o sistema semilegal holandês de venda de *cannabis* a recorrer aos importadores e produtores ilegais, permanecendo intrinsecamente frágil e vulnerável.

Descriminalização em Portugal

Em 2001, uma nova lei de drogas entrou em vigor em Portugal. Essa lei – conhecida comumente como Lei da Descriminalização do Consumo – “alterou a forma como se vê um consumidor de drogas, deixando de lado o preconceito que o comparava a um criminoso, passando a considerá-lo uma pessoa necessitada de ajuda e apoio especializado”.

Como explica o Serviço Nacional de Saúde:

“a aquisição, a posse e o consumo de drogas deixou de ser considerado crime em Portugal. O consumo foi descriminalizado, mas não despenalizado. Consumir substâncias psicoativas ilícitas continua a ser um ato punível por lei, contudo deixou de ser um

comportamento alvo de processo crime (e como tal tratado os tribunais) e passou a constituir uma contraordenação social”.

A lei introduziu algumas inovações:

Criaram-se as “comissões para dissuasão da toxicodependência (CDT)”, serviços especializados, criados especificamente para a aplicação da lei, para onde são encaminhadas as pessoas que são encontradas consumindo ou em posse de drogas.

Tais serviços devem existir em todos os distritos de Portugal, assim como nas regiões dos Açores e Madeira. As CDT são comissões multidisciplinares que ouvem os indiciados para avaliar a gravidade da situação e tomar as medidas que entender cabíveis, que podem se constituir em trabalhos para comunidade, encaminhamento a serviço especializado ou multa.

“Consumo próprio” foi definido como uma quantidade que não exceda a média de uso de 10 dias, sem distinção entre as drogas, sejam leves ou pesadas, e independentemente do uso ser público ou privado. O art. 15 da lei portuguesa estabelece que os consumidores não viciados podem ser condenados ao pagamento de uma multa ou, alternativamente, a uma pena não pecuniária, tal como uma advertência. As multas podem variar entre 25 euros e o salário mínimo vigente, mas expressamente só podem ser aplicadas em último caso.

Na falta de evidências sobre a dependência ou de repetidas violações, a comissão deve, de acordo com o art. 11, suspender o procedimento, sem impor qualquer sanção. Tal suspensão pode ser aplicada inclusive nos casos de indivíduos com violações anteriores, na medida em que eles aceitem se submeter a tratamento.

Com base no art. 14, as comissões podem inclusive suspender a pena daqueles a quem foi aplicada alguma sanção, condicionando a suspensão igualmente a tratamento, encerrando-se o procedimento ao final deste.

Em 2009, avaliando a lei de drogas portuguesa, Glenn Greenwald resumiu seus efeitos da seguinte forma:

“Desde que Portugal aprovou o seu método de descriminalização de 2001, em muitas categorias o uso de drogas diminuiu efetivamente quando medido em termos absolutos, embora em outras o uso tenha aumentado apenas leve e suavemente. Nenhum dos desfiles de horrores que os oponentes da descriminalização em Portugal previram, e que os oponentes da descriminalização no mundo todo invocam, ocorreu. Em muitos casos, ocorreu exatamente o oposto, como o declínio do uso em categorias chaves e a contenção dos males sociais relacionados à droga. O verdadeiro efeito da descriminalização portuguesa somente pode ser observado na comparação do uso e das tendências pós-descriminalização em Portugal com os outros países europeus, assim como com países não europeus (...) que continuam criminalizando drogas inclusive para uso pessoal. E, virtualmente, em todas as categorias de algum significado, Portugal, desde a descriminalização, tem superado a grande maioria dos demais países que continuam a aderir ao regime de criminalização”.

Diante da ausência dos efeitos negativos temidos (como o aumento do uso de drogas e a enxurrada de turistas invadindo o país para consumo) e da quantidade de efeitos positivos (um significativo declínio das doenças transmitidas sexualmente e a queda do número de acidentes relacionados a drogas) surpreende pouco o fato de que há uma satisfação geral com a lei nova e nenhuma força política, independentemente da corrente, pedindo o retorno da situação legal anterior.

A estratégia de leve renúncia afasta as sanções criminais da esfera do consumidor, mas mantém a base da ideia proibicionista – abolir a produção, o transporte e a distribuição das drogas para uso recreacional – intacta. É um sinal de inconformismo e inovação, mas carente de lógica e coerência legais, tornando-a vulnerável a ameaças de sanções tanto a nível nacional como internacional.

1.3.2. *Dogmatismo*

Em outras partes do mundo, a insatisfação com o insucesso da proibição tem levado a reações contrárias àquelas da zona do pragmatismo. Diversos países, como Arábia Saudita e China – muitos dos quais de maioria muçumana – têm estado permanentemente entre os mais fiéis apoiadores do sistema mundial de proibição. Consideram-se inclusive traídos pelos países pragmáticos e buscam o sucesso adotando a estratégia de fazer mais do mesmo.

O uso da pena de morte é o indicador do agravamento da postura nessas regiões. Contrariamente à secular tendência de abolir a pena capital na maioria dos países (o número dos países abolicionistas cresceu de 16, em 1977, para 140 em 2015), o número de países com pena de morte para os delitos sem violência relacionados às drogas cresceu de 10 para 33 no mesmo período.²⁴

Tal radicalismo pode ser explicado com base em inúmeras variáveis culturais, mas também nas frustrações com a falência crônica dos métodos proibicionistas em cumprir suas promessas. Essas frustrações são prontamente exploradas pela classe política. Em tempos de inconformismo social e recessão econômica, campanhas prometendo purificar a sociedade de elementos indesejados, marginalizando parte da sociedade e a fracionando (*in-group/out-group mechanisms*), acabam se transformando em uma forma de produzir coesão social.

24. GALLAHUE, P., Lines R. *The Death Penalty for Drug Offences: Global Overview 2015*. Harm Reduction International. London, 2015. Países como a China, Paquistão, Arábia Saudita, Irã, Iraque, Vietnam, Singapura ou Indonésia rotineiramente executam violadores das leis de drogas. No Irã e na Arábia Saudita, aproximadamente metade das execuções são relativas a esses tipos de crime e, inclusive, na Arábia Saudita, a maior parte relacionada à *cannabis* em 2010. Em não menos que dez dos trinta e três países com pena de morte, a pena de morte é obrigatória para a posse de drogas acima de determinado limite: Na Malásia o limite é 15 gramas de heroína ou morfina, 200 gramas de *cannabis*, ou 40 gramas de cocaína.

Anteriormente, tais campanhas de limpeza social eram restritas a organizações paraestatais como milícias, vigilantes ou assemelhados. Todavia, desde o início do século XXI, casos de envolvimento de governos ou mesmo de iniciativas governamentais têm sido mais frequentes. Dois exemplos são as conhecidas campanhas de limpeza social na Tailândia e nas Filipinas.

Tailândia sob Thaksin

Em 2003, o primeiro ministro da Tailândia, Thaksin Shinawatra, liderou uma campanha nacional para acabar com o problema das drogas em três meses. Nomes de suspeitos foram colocados em três listas criadas pela polícia, por oficiais do governo e pelo Departamento Nacional de Narcóticos. Governantes e chefes de polícia de 75 províncias receberam promessas de imunidade e ordem para neutralizar pelo menos metade dos nomes da lista, i. e., remover tais pessoas de posições oficiais (caso ocupassem uma), encaminhá-las para campos terapêuticos, ou eliminá-las.

Depois de três meses, todos os governantes e os chefes de polícia, além de informarem terem cumprido suas cotas, disseram ter reduzido o número de traficantes em 50%. Em números oficiais, 2.274 mortes foram registradas; mais de 400 políticos e funcionários perderam suas posições; aproximadamente 300 mil indivíduos foram encaminhados a tratamento compulsório, 15 milhões de comprimidos foram confiscados; e governantes e chefes de polícia receberam as recompensas prometidas – a neutralização do maior traficante de anfetamina valeu um milhão de bath, a moeda tailandesa (US \$ 23.000). O primeiro ministro venceu as reeleições e, apesar de posteriormente ter sido processado por crimes econômicos, o assassinato em massa de suspeitos nunca resultou em qualquer procedimento legal.²⁵

Filipinas sob Duterte

Em 2016, Rodrigo Duterte oficializou, como presidente das Filipinas, uma prática antiga desse país de executar extrajudicialmente os suspeitos de tráfico. Em público, alegou ter participado pessoalmente de tais execuções antes de sua eleição, afirmando que era a única maneira de resolver o problema nacional das drogas. Pediu ao seu público, primeiramente, um período de três a seis meses e, depois, um prolongamento da sua operação de limpeza.

Como Thaksin na Tailândia, Duterte baseou sua operação em uma lista de suspeitos e promessas de recompensas (com prêmios maiores por uma morte do que por uma prisão). Após seis meses, e com a operação ainda em andamento, mais de 6 mil suspeitos ou dependentes já tinham sido assassinados pela polícia ou por vigilantes; mais de 40 mil

25. ILCHMANN, S. Thousands dead as a result of Thailand's war on drugs". *World Socialist Web Site*, 9 May 2003 (on-line).

tinham sido presos e mais de um milhão tinha fugido para os campos de tratamento ou para as prisões.

Entre as vítimas estavam figuras públicas e políticos eleitos, mas a maioria era de pessoas pobres, incluindo crianças de rua e outros jovens. Depois de críticas oriundas da ONU, Duterte, ainda extremamente popular em seu país, ameaçou abandonar a organização internacional, ridicularizando publicamente as preocupações com direitos humanos (“Eu não me importo com direitos humanos, acreditem-me”) e falou em público para seus cidadãos: “Se você conhece algum viciado, vá e mate-o”.²⁶

Com os custos da guerra às drogas aumentando em muitas partes do mundo, a presença ou ausência de alternativas à proibição tem chamado a atenção.

2. ALTERNATIVAS

A alternativa à proibição é a regulamentação. Para substituir a proibição por qualquer tipo de regulamentação, as drogas devem ser excluídas da vedação legal, i. e., devem ser legalizadas. Legalizar significa criar acesso legal às drogas anteriormente proibidas, significa admitir o direito de adultos usarem as drogas anteriormente proibidas conforme a sua própria discricionariedade, e especialmente para fins não medicinais, mas sim recreativos.

A legalização das drogas pode se basear em condições meramente pragmáticas. Se a abordagem mais dura (proibição) se prova impraticável e ineficiente, outros métodos podem parecer mais promissores. Ser duro não é o mesmo que ser inteligente, e às vezes as ações inteligentes são mais eficientes.

A legalização pode também ser baseada na ética consequencialista. Diferente do imperativo moral kantiano, a ética consequencialista favorece as políticas com os melhores resultados. Se providenciar o acesso a seringas limpas e drogas pode prevenir uma epidemia, que seja feito.

A legalização pode igualmente ser baseada em princípios jurídicos e em filosofia do direito. O liberalismo defende o direito humano à autodeterminação e não permite que o Estado interfira nos direitos de um indivíduo em nome de um presumido melhor interesse desse indivíduo. Ao Estado é permitido influenciar as motivações dos indivíduos com informações, incentivos, e com os conhecidos “nudges”, medidas estatais suaves que levem à mudança de comportamento, conforme o conceito de “paternalismo liberal” (THALER, SUNSTEIN, 2003).

O paternalismo liberal deixa de recorrer às sanções penais e permite a liberdade de decisão aos indivíduos, limitando a mudanças mais ou menos sutis de acordo com as condições sob as quais os cidadãos vão fazendo suas escolhas. Substituir a proibição pela

26. Human Rights Watch. World Report 2017. Philippines Events 2016. New York, 2017.

regulamentação, e as sanções penais por “nudges” é uma alternativa à proibição, o que pode ser aprendido com as políticas que reduziram com sucesso o uso do cigarro sem o recurso das sanções penais.²⁷

2.1. Novo controle das drogas

Uma boa abordagem para um controle positivo do uso de drogas não deve tratar o uso como um flagelo ou uma ameaça, mas como uma questão de saúde, o que implica em uma mudança no processo de culpabilização, promovendo mais apoio do que punição.

Tal como se faz com doces e refrigerantes, não haveria proibição da produção nem do comércio, mas se tentaria influenciar os consumidores com informações, talvez com impostos, e mais provavelmente com alterações na arquitetura de suas decisões (*nudges*).

Trata-se – em resumo – da abordagem adotada pelo projeto europeu, o qual tenta estipular uma nova administração da questão da dependência (ANDERSON et al., 2017) – assim como é a abordagem sugerida atualmente pela Global Commission on Drug Policy (2014).

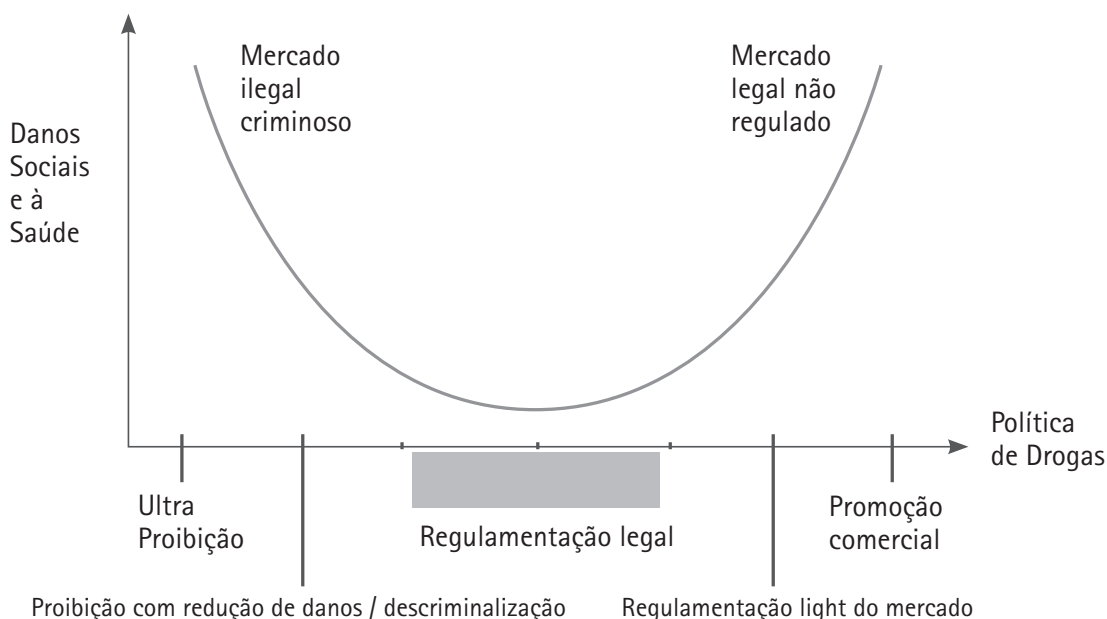
Para tal abordagem, as drogas não são um mal, mas uma mercadoria com potenciais benéficos e perigosos. Usuários adultos não são vítimas, mas cidadãos responsáveis que possuem direitos e obrigações, possuem o direito de usar drogas e de se abster, assim como o dever de suportar as consequências. Possuem o direito à solidariedade social – no mesmo nível do usuário de qualquer droga, como os fumantes e usuários de bebidas alcoólicas. Não mais, não menos.

Na visão liberal das tradições jurídicas ocidentais, o indivíduo é livre para fazer o que ele ou o que ela quiser na medida em que ele ou ela não viole os direitos dos outros. O Estado regulamenta a segurança alimentar em geral, mas a administração dos riscos concretos e do prazer fica a cargo do indivíduo, que pode ser advertido com informações, mas as intervenções na saúde pública não devem proibir o acesso legal a substâncias de risco como a manteiga, os hambúrgueres, o chocolate, ou a drogas como o álcool, as anfetaminas, o tabaco, a *cannabis* ou a cocaína.

Esse raciocínio deixa o Estado e a lei com uma quantidade de instrumentos de controle dos riscos da droga, os quais muitas vezes são mais eficazes que a proibição absoluta – como, por exemplo, a taxação, limites espaciais ao consumo (proibição do consumo de drogas em locais fechados, prédios públicos, restaurante etc.) ou intervenções na arquitetura do processo de tomada de decisão das pessoas, no sentido do “nudge” do paternalismo liberal.

27. ALEMANN, A. Nudging Smokers – The Behavioural Turn of Tobacco Risk Regulation. *European Journal of Risk Regulation*, 3, 2012 (on-line); para o controle de tabaco como modelo de regulação de droga, também cf. HESS, H. *Rauchen. Geschichte, Geschäfte, Gefahren*. Frankfurt, New York: Campus, 1987.

Esse novo controle das drogas ocuparia uma posição intermediária entre a ultra proibição e a irrestrita promoção comercial das drogas, como mostra o gráfico²⁸ a seguir:



A regulamentação pode ser tanto restritiva como liberal.

2.1.1. Regulamentação restritiva: Uruguai

Partindo do pressuposto de que seria melhor e mais seguro vender *cannabis* legalmente do que permitir ao crime organizado administrar o mercado, o Uruguai (3,3 milhões de habitantes, com estimados 120 mil usuários de *cannabis*) foi o primeiro país do mundo a se desviar abertamente do regime mundial de proibição, legalizando formalmente a produção e a venda de maconha em dezembro de 2013.

A Lei 19.172 revogou formalmente a proibição de *cannabis* e introduziu um sistema de regulamentação restritiva. Declarando que “o Estado assumirá o controle das atividades de regulamentação, importação, exportação, plantio, cultivo, colheita, produção, aquisição a qualquer título, armazenamento, comercialização e distribuição da *cannabis* e seus derivados”, a nova lei estabeleceu um monopólio estatal sobre a *cannabis*, a ser gerido pelo Ministério da Saúde e seu Instituto de Regulação e Controle da *Cannabis* (IRCCA).

O IRCCA agora concede licenças a produtores privados de maconha em grande escala, em local secreto, para colheita anual máxima de 22 toneladas, regula a distribuição da maconha com controle de preço de aproximadamente um dólar por grama (o governo

28. Disponível em: [http://www.tdpf.org.uk/resources/concerns-about-legal-regulation].

não cobra impostos sobre o valor agregado), e autoriza às farmácias a instalar software de identificação biométrica do consumidor, assim como também a instalar caixas de proteção para armazenar os dois quilos máximos de maconha que a cada farmácia é permitido manter em estoque.

Os consumidores podem portar até 40 gramas para uso próprio, e podem plantar até seis pés em suas residências. Podem ser formados clubes canábicos de até 45 pessoas, autorizados a plantar até 99 pés, desde que não vendam sua colheita. Pessoas que querem vender (até 10 gramas por semana) devem se registrar no governo. Atividades ilegais permanecem puníveis com prisão, que variam de um mínimo de 12 a 20 meses a um máximo de 4 a 8 anos.

2.1.2. *Regulamentação liberal*

Uma regulamentação liberal não exigiria que os potenciais compradores de drogas se registrassem junto ao governo, e trataria os produtores e distribuidores de drogas ilícitas da mesma forma como são tratados os produtores e distribuidores de drogas lícitas hoje em dia, i.e., não limitaria os pontos de venda às farmácias (assim como não se compra bebidas alcoólicas ou cigarros em farmácias), e o tratamento jurídico e econômico dos empresários também não seria muito diferente do concedido às indústrias do álcool e do cigarro.

Em alguns países ocidentais há algo como uma normalização do consumo da *cannabis*, com a droga cada vez mais integrada na vida cotidiana, e com os ambientes sociais e jurídicos se adaptando a esse fato. Uma análise da mudança no status legal da *cannabis* mostra que – enquanto não se vislumbra uma total regulamentação liberal, que pode nunca acontecer – alterações em vários Estados dos EUA, como Colorado, Califórnia, Nevada e Massachusetts, parecem tender mais a uma regulamentação liberal do que restritiva.

Semelhante à mudança de julgamento moral com relação aos direitos (casamento) dos homossexuais e gays, a atitude pública frente aos usuários de maconha parece ter mudado para uma de maior tolerância:

- depois de uma onda de criminalização entre 1913 e 1933 (com o Texas permitindo a prisão perpétua por posse de *cannabis* em 1931) e a primeira onda de descriminalização entre 1973 e 1978 (quando alguns Estados como a Califórnia, Nova York, Ohio, e inclusive Texas, rebaixaram os delitos relacionados a *cannabis* de crime para contravenção), a maconha foi permitida para o tratamento do glaucoma e dos efeitos colaterais da quimioterapia no Novo México e na Virgínia (1978, 1979), anunciando uma onda de legalização da maconha medicinal em 25 Estados de 1996 a 2016. Finalmente, o Colorado foi o primeiro Estado a votar a favor da maconha recreacional em 2012 (abrindo as primeiras cinco lojas de *cannabis* legalizadas em 2014), no que foi seguido por mais sete Estados até 2016;
- a Califórnia permite que pessoas acima de 21 anos comprem, transportem, possuam e compartilhem sem fins comerciais até uma onça (28,3 gramas) de maconha

e 8 gramas de haxixe, desde que respeitem as restrições prescritas com relação a menores e à segurança do tráfego. O Estado emite licenças para o cultivo e para a comercialização, todavia, o comércio com outro Estado continua proibido. O mercado de *cannabis* da Califórnia é um mercado fechado de 40 milhões de pessoas, não poucas fumantes de maconha. Enquanto se estima que os cidadãos norte-americanos gastem em torno de 30 bilhões de dólares anualmente em produtos derivados da *cannabis*, com ao menos 24 bilhões desaparecendo nos bolsos do crime organizado, o mercado da Califórnia pode estar redirecionando parte desse dinheiro para fins legais, aumentando a receita fiscal. Além disso, estudos de mercado indicam que, com a legalização da *cannabis*, a venda de cerveja despencou.²⁹

2.2. Mudanças

De acordo com os atuais tratados de drogas da ONU, qualquer alternativa à proibição é uma violação ao direito internacional. Qualquer país que deseje legalizar a *cannabis*, por exemplo, tem que encontrar alguma forma legal (alterando ou revogando o tratado de drogas da ONU) ou enfrentar sanções. Mas mudar ou revogar qualquer um dos três tratados não é tarefa fácil.

2.2.1. Revisão de tratado

Tratados podem ser modificados ou emendados. Modificar significa mover uma ou mais drogas de um nível de controle para outro, recatalogando (*re-scheduling*) a droga, ou removendo uma ou mais drogas do tratado de uma forma geral (excluindo a droga do catálogo).

Emendas consistem em uma alteração formal de certas disposições (artigos) do tratado, com força vinculativa para todos os países partes do tratado.

Modificação

Os Estados interessados em legalizar a *cannabis* podem solicitar à Organização Mundial de Saúde que “reveja” a *cannabis*, i.e., que avalie de forma diferente os riscos à saúde de um lado e, de outro, a sua utilidade médica. O Comitê de Peritos em Drogodependência da organização poderia emitir uma recomendação positiva para remover a *cannabis* para uma categoria de risco mais baixo ou removê-la da lista de substâncias controladas (*deletion*).

Na etapa seguinte, a Commission on Narcotic Drugs (CND), composta de representantes de 53 países, deveria aceitar a recomendação. Teoricamente, requereria o voto de 27 países em favor da eliminação da droga – e a *cannabis* estaria livre da proibição

29. KENDALL J. Report: Beer Volumes Declining in Markets Where Recreational Cannabis is Legal. *Brewbound*, 29 Nov 2016 (on-line).

internacional. Infelizmente, contudo, para os países reformistas, três obstáculos legais e políticos tornam esse objetivo praticamente impossível:

- a força do bloco proibicionista liderado pelos EUA e composto pelas próprias agências de controle de drogas da ONU, Japão, mais os países árabes, asiáticos e africanos, faz com que seja ilusória a esperança de um voto positivo na comissão (sem mencionar que a CND, na prática, tem o hábito de negociar até chegar a um consenso);
- mesmo a eliminação da *cannabis* não seria suficiente para abolir a proibição do cultivo da planta (igualmente para a coca), vinculada que está em disposição especial da Convenção Única de 1961;
- qualquer decisão de remover a *cannabis* do âmbito da convenção poderia ser facilmente anulada. A objeção de um simples Estado é suficiente para enviar a decisão para o Conselho Econômico e Social da ONU para revisão. Embora o Conselho tenha a última palavra sobre o assunto – pode aceitar, alterar ou rejeitar a decisão da Comissão – não há possibilidade real de que a maioria dos 54 membros do Conselho vote pela supressão da *cannabis* – e mesmo que houvesse, uma decisão positiva não seria capaz de anular a proibição de cultivo da *cannabis* da Convenção Única.

Emenda

Emendas aos tratados de 1961, 1971 e 1988 podem ser propostas por qualquer Estado. Se o Uruguai, por exemplo, propusesse uma emenda para afastar a *cannabis* da proibição, o Secretário Geral da ONU iria consultar o Conselho Econômico e Social, o qual avaliaria a questão. Após, o Conselho publicaria a propostas para todos os membros do tratado, solicitando manifestações. Em caso de ausência de resposta negativa nos 18 meses seguintes, a proposta de emenda estaria automaticamente em vigor.

Provavelmente, entretanto, alguns países levantariam sérias objeções e, nesse caso, o Conselho rejeitaria diretamente a alteração proposta ou decidiria convocar uma conferência para discutir o assunto. Nesse último caso, dificilmente a emenda não seria rejeitada pela maioria dos participantes. O Estado proponente derrotado (nesse caso, o Uruguai) teria três opções: a renúncia (*resignation*), levar a questão ao Tribunal Internacional de Haia, e abandonar o sistema do tratado por intermédio de uma declaração formal de denúncia.

Denúncia

Todos os países têm o direito de abandonar o sistema de controle de drogas da ONU. Hipoteticamente, se mais de 140 países decidem finalizar suas adesões aos tratados de 1961 e 1971, isso não só resultaria no fim das adesões desses países, mas revogaria os próprios tratados (ao passo que o tratado de 1988 não possui cláusula de rescisão, o que significa que continuaria em vigor mesmo com um único país membro restante).

O que parece uma maneira fácil de recuperar a soberania sobre a administração da questão das drogas é um caminho repleto de obstáculos. São tantas as barreiras, na verdade, que até os países mais reformistas geralmente nem sequer cogitam em tentar tal opção.

Se o Uruguai quisesse se livrar da obrigação internacional de proibir a *cannabis*, e.g. teria que formalmente notificar o Secretário Geral de que estava desejando abandonar a Convenção de 1961 (assim como provavelmente as de 1971 e 1988), e, depois de seis meses no mínimo (o prazo varia), a denúncia entraria em vigor, ficando o país livre para decidir como desejasse.

Contudo, tal deserção do regime mundial de proibição geraria algumas consequências negativas. Com efeito, uma denúncia desse tipo colocaria qualquer país em sérios riscos com:

- o sistema de saúde, uma vez que excluiria o país do comércio mundial de remédios, incluindo as drogas listadas pela OMS como essenciais para tratamentos médicos;
- a economia, já que a adesão às três convenções de drogas é condição de preferência em muitos acordos comerciais (igualmente, por sinal, de acesso à União Europeia); e
- o sistema político, vez que estaria correndo o risco de perder prestígio moral na comunidade internacional, ser sancionado ou desprezado como narco-estado ou algo parecido.

Reserva

É comum que Estados façam reservas ou outros tipos de declarações interpretativas unilaterais relativas a certas disposições dos tratados por ocasião da assinatura, a fim de excluir ou modificar o efeito da disposição para o país autor da reserva. De fato, muitos países usaram essa opção ao aderirem às três convenções, mas nenhuma dessas reservas tinha a ver com alternativas à proibição.

Uma vez que praticamente todos os países são membros dos três tratados, reserva referente a uma reforma não proibicionista – e.g. a legalização da *cannabis* – só poderia ser realizada mediante o instituto da reserva tardia. Reservas tardias – apresentadas por países já membros do tratado – dependem da boa vontade de todos os demais signatários, vez que a ONU, como depositária do tratado, só aceitará a reserva no caso (raro) de nenhum dos outros países objetar.

Por isso, apresentar uma reserva tardia para a legalização da *cannabis* não é um caminho aparentemente possível, pois não somente um, mas muitos países – e países muito importantes – seriam vigorosamente contra e tornariam a iniciativa infrutífera.

No entanto, pode haver duas formas de contornar os possíveis obstáculos da reserva tardia. A primeira começaria com uma proposta de emenda derrotada, seguida por uma denúncia, imediatamente seguida por um pedido de readesão ao tratado, desta feita com uma reserva (contendo a proposta original, mas com seu efeito valendo apenas para o

país proponente). Tal estratégia foi adotada – com sucesso – pela Bolívia, com relação à folha de coca.³⁰

A segunda se daria com a recusa do país em legislar na esfera criminal, conforme requerido internacionalmente, contra o cultivo, a compra e a posse de *cannabis*, em razão das disposições constantes em sua própria Constituição. Se o Ministro da Justiça do governo de um determinado país – hipoteticamente auxiliado por uma decisão da Suprema Corte – chegar à conclusão de que certas criminalizações ofendem a Constituição do país, poderia haver uma justificativa para o não cumprimento das exigências do tratado.

Modificação inter se

Os países reformistas poderiam acordar entre si (*inter se*) em modificar o tratado de drogas da ONU com relação a *cannabis*. Tal modificação seria válida apenas para aquele grupo de países, e só seria permitida se não infringisse os “direitos decorrentes do tratado ou o cumprimento de suas obrigações” para com os outros países, e enquanto não fosse “incompatível com a efetiva execução do objeto e com a finalidade do tratado como um todo”.

Tal opção não foi tentada até agora, mas poderia

“fornecer uma base legal justificando o comércio internacional entre jurisdições nacionais que permitissem ou tolerassem a existência de mercado lícito para uma substância em particular, mesmo que o comércio internacional não seja permitido em razão das obrigações constantes no tratado da ONU”.³¹

Tal modificação *inter se* poderia ser usada para permitir o comércio de *cannabis* entre Marrocos e Holanda ou a folha de coca entre Bolívia, Argentina e Equador, onde o uso da folha é igualmente legal segundo a lei nacional.

Por certo, a permissão mútua para o comércio entre países não proibicionistas poderia provocar reações furiosas, mas dificilmente poder-se-ia arguir que tais modificações *inter se* afetaram os direitos de outras partes ou o funcionamento dos tratados em si.

30. A Convenção Única de 1961 determinou que o hábito de “ mascar a folha de coca deveria ser abolido” dentro de até 25 anos da entrada em vigor do tratado. Depois do prazo, e como o hábito não tinha sido abolido, a Bolívia primeiramente propôs uma emenda ao tratado, alegando que a folha de coca havia sido incluída no catálogo de drogas proibidas; após a rejeição da emenda pelos EUA, pelos órgãos da ONU e outros, a Bolívia denunciou a Convenção Única e requereu a sua readesão com a reserva referente à folha de coca. Com o apoio da maioria dos países signatários, a Bolívia conseguiu, com sucesso, a readesão à Convenção em 2012 e, agora, está livre para adotar a sua própria política no que se refere à matéria.

31. ARMENTA, A.; JELSMA, M. *The UN Drug Control Conventions*. A Primer. Amsterdam: Transnational Institute, 2015. p. 22.

2.2.2. A política da desconsideração

Em muitas partes do mundo, inclusive entre as superpotências mundiais, a legislação internacional ainda não é, ou deixou de ser, levada a sério. Não só desde a sua decisão de “não assinarem” o Tratado de Roma sobre o Tribunal Penal Internacional, mas os EUA têm demonstrado reiteradamente que – mesmo contrariando a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – um país pode decidir ser seletivo sobre o que vai obedecer em relação às obrigações internacionais, e simplesmente ignorá-las quando aparentemente não satisfazem seus interesses.

Por mais estranho que possa ser, tal circunstância abre a possibilidade de uma estratégia promissora para as alternativas à proibição, pois os países reformistas seriam capazes, por exemplo, de instituir regimes, restritivos ou liberais, de regulamentação da *cannabis* a nível nacional. Tal política de desconsideração levantaria sérias questões, mas poderia ser justificável e efetiva se integrada em uma estratégia mais ampla.

Assim, as duas principais questões passíveis de serem opostas a tal procedimento têm a ver com o risco ao próprio país e à ordem internacional:

- o país desobediente correria riscos similares aos causados por uma denúncia formal – de um seletivo boicote farmacêutico, passando por danos à sua reputação, até sanções econômicas e cortes de ajudas – e se refutar a censura por sua desobediência alegando que está meramente emulando os hábitos hegemônicos, provavelmente seria lembrado de maneira bem áspera do significado do provérbio latino *quod licet Iovi, non licet bovi* (o que é permissível a Júpiter não é permissível a um boi);
- no que diz respeito ao sistema internacional de tratados, a política de abandono a sangue frio de acordos poderia, afinal, contribuir para a destruição total do sistema de tratados.

Por outro lado, a desobediência poderia ser justificada se alegando uma espécie de autodefesa contra um regime antiquado – de alguma forma jurássico – de proibição, o qual tem privado os Estados de sua soberania sobre a administração das drogas, tal qual um paciente em camisa de força, privado da sua liberdade de movimento. Argumento capaz até de ter algum efeito se embutido em uma estratégia maior de um grupo de nações reformistas.

Todos os países estão conscientes dos custos potenciais da dissidência e normalmente incapazes e sem interesse de confrontar a ONU e o campo proibicionista e, além do mais, o vínculo político e jurídico das drogas com outras questões, como com a luta contra o crime organizado e o terrorismo, aumentou ainda mais os custos morais, políticos e econômicos da dissidência.

Nessas circunstâncias, as chances das políticas de desconsideração – como praticada pelo Uruguai (e alguns Estados dos EUA) em relação à regulamentação da *cannabis*

– dependem da ação coletiva dos países reformistas. Um grupo de nações reformistas poderia resistir melhor às pressões proibicionistas do que uma única nação. Agindo como um grupo influente com fortes poderes de barganha, os países não seriam tão vulneráveis às sanções que se seguiriam à denúncia do tratado.

A denúncia coletiva por um razoável número de países da Europa, Australásia, América Latina e Caribe seria forte o suficiente para colocar todo o regime de proibição em questão – ou, mais provavelmente, para persuadir a ONU e as nações proibicionistas a estarem mais abertas para emendas ou modificações nos tratados.

Dadas as tendências diametricamente opostas das políticas de drogas, o futuro não deve pertencer a nenhum grande e único esquema de solução. O futuro pode pertencer a uma repatriação da política de drogas, com cada país decidindo por si mesmo o tipo de controle de drogas que prefere adotar. São muitos sistemas legais, culturas, religiões e tradições diferentes no mundo. Os países são livres para escolher suas políticas de tabaco e álcool, por que não as de *cannabis* e coca?

2.3. *Diversidade Global*

Livres novamente para escolher o seu próprio sistema de controle de drogas, os países poderiam criar regulamentações que melhor correspondessem às suas tradições, necessidades e circunstâncias locais. Possivelmente, assim, países em condições semelhantes acabariam por adotar políticas semelhantes. Essas políticas se cristalizariam em torno de três arquétipos que já marcam o mapa da política mundial com relação ao álcool. No que diz respeito à *cannabis*, por exemplo, alguns países poderiam manter a proibição, enquanto outros introduziriam, sem problemas, políticas regulamentadoras diversas, restritivas ou liberais.

O cenário, na prática, pode ser ilustrado com base na política atual de controle do álcool, a qual é estruturada sobre três arquétipos, como já mencionado, sendo que países com ideias semelhantes adotam políticas similares. Se a soberania sobre a política de drogas fosse restaurada, um futuro mapa mundial do controle de *cannabis* poderia ser semelhante ao atual da política do álcool:

1. o modelo de proibição (penal) “saudita” veda a produção, importação, exportação e venda de álcool. Esse modelo é dominante em muitos países de maioria muçumana, como Mauritânia, Sudão, Irã, Paquistão e Iêmen. Na Arábia Saudita, os supermercados são proibidos de vender até enxaguante bucal (“Listerine”). – Se esses países ficarem livres para escolher a sua própria política com relação à *cannabis*, provavelmente manteriam a proibição;
2. o modelo “norueguês” (monopolista) de regulamentação restritiva é dominante nos países escandinavos, mas também no Canadá e em alguns Estados dos EUA. Um monopólio estatal (normalmente combinado com um sistema de licenciamento) restringe a oferta e o acesso, muitas vezes também por intermédio de impostos elevados. Ao restringir o número dos pontos de venda e seus horários

de funcionamento, esse modelo pode ser tido como uma terceira via entre a proibição e o mercado livre. Após uma experiência de proibição no início do século XX, a Noruega passou a adotar uma regulamentação restritiva. Posteriormente, esse país se contentou com o monopólio do varejo das bebidas com teor alcoólico superior a 4.75% alc.; a partir de 1999 e 2002, respectivamente, o *vinmonopolet* tem permitido a compra por *self-service* nas lojas e on-line. – Estando livre para adotar a sua própria política para a *cannabis*, esses países provavelmente mantinham a proibição ou adotariam a regulamentação restritiva;

3. o modelo liberal (mercado) “francês” de regulamentação é dominante na maior parte da Europa e na América Latina. Trata o álcool de forma semelhante à maioria das demais mercadorias, estabelecendo, entretanto, regras para a proteção de menores, sobre o tráfego e para a segurança no trabalho. – A partir da possibilidade de escolha, a política com relação à *cannabis* poderia permanecer proibitiva ou mudar para uma regulamentação restritiva, com alguns países podendo mesmo dar à *cannabis* um *status* comum, tratando-a não muito diferentemente da forma com que trata o álcool.

3. CONCLUSÃO

O proibicionismo não está frente a um dilema, está frente a um trilema de ineficácia (drogas continuam sendo consumidas), de dano à sociedade (a elevação das taxas de criminalidade, corrupção e repressão), e de dano à ordem jurídica (erosão dos direitos dos cidadãos e do Estado de Direito).

Alternativas apontam para a legalização e pedem uma abordagem diferente, que situe o problema das drogas não como uma ameaça à sociedade, mas como uma questão de saúde como outra qualquer.

A alternativa à proibição é a regulamentação. A transição da proibição para a regulamentação é a legalização. A regulamentação pode ser restritiva ou liberal. Enquanto a primeira coloca a questão a cargo dos órgãos de saúde pública, a segunda confia no mercado e em medidas de sutil influência, como a tributação, a informação e os *nudges*.

Qualquer tipo de regulamentação enfrenta, entretanto, um sem-número de obstáculos legais e políticos quase intransponíveis devido a um regime de proibição internacional extremamente rigoroso.

É legalmente fácil denunciar as três convenções de drogas da ONU, mas praticamente impossível para um único país. Um grupo de países, entretanto, poderia ter suficiente poder de barganha para tentar uma estratégia de descumprimento coletivo das obrigações proibicionistas desses tratados.

A proibição global tem causado estragos em todas as partes do mundo – especialmente na América Latina. Tragédias no México, na América Central e em vastas regiões de outros países têm dado origem a novas análises e iniciativas, que têm a possibilidade de estimular mudanças fundamentais para melhor.

REFERÊNCIAS

- ALEMANN, A. Nudging Smokers – The Behavioural Turn of Tobacco Risk Regulation. *European Journal of Risk Regulation*, 3, 2012 (on-line).
- ALLERFELDT, K. *Crime and the Rise of Modern America: A History from 1865-1941*. New York, London: Routledge, 2011.
- ANDERSON, P.; BRADDICK, F.; CONROD, J.; GUAL, A.; HELLMAN, M.; MATRAI, S.; MILLER, D.; NUTT, D.; REHM, J.; REYNOLDS, J.; YSA, T. *The New Governance of Addictive Substances and Behaviours*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- ARMENTA, A.; JELSMA, M. *The UN Drug Control Conventions*. A Primer. London: Transnational Institute, 2015 (on-line publication).
- BAUM, D. *Smoke and Mirrors: The War on Drugs and The Politics of Failure*. Waltham, MA: Little, Brown & Co., 1996.
- BEHR, E. *Prohibition: Thirteen Years that Changed America*. New York: Arcade, 1996.
- BEWLEY-TAYLOR DR. *International Drug Control*. Consensus Fractured. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2012.
- BEWLEY-TAYLOR DR. Challenging the UN drug control conventions: problems and possibilities. *International Journal of Drug Policy* 14, p. 171-179, 2003.
- BLOCKER, JS. Did Prohibition Really Work? Alcohol Prohibition as a Public Health Innovation. *American Journal of Public Health*, 96, p. 233-43, 2006.
- BUXTON, J. *The Political Economy of Narcotics: Production, Consumption and Global Markets*. London: Zed Books, 2006.
- DELL, M. Trafficking Networks and the Mexican Drug War. *The American Economic Review*, p. 1738-79, 2015.
- Drug Legalisation: An Evaluation of the Impacts on Global Society*. Position Statement, December 2011 (on-line).
- FIELDS, A.; TARARIN, PA. Opium in China. *Br.J. Addict.*, v. 64, 1970, p. 371-382.
- FISHER, G. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- GALLAHUE, P., Lines R. *The Death Penalty for Drug Offences: Global Overview* 2015.
- GHODSE, H. *International Drug Control in the 21st Century*. London: Ashgate 2008.
- GREENWALD, G. *Drug Decriminalization in Portugal*. Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies. Washington, D.C.: Cato Institute, 2009.
- GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY. *Taking Control*. Pathways to Drug Policies that Work. Geneva, 2014.

- GREHAN, J. Smoking and, Early Modern “Sociability: The Great Tobacco Debate in the Ottoman Middle East (Seventeenth to Eighteenth Centuries). *The American History Review*, 111, p. 1352-77, 2006.
- GUSFIELD, JR. *Symbolic crusade*. Status politics and the American temperance movement. 2. ed. Urbana: University of Illinois Press 1986.
- HART, C. *High Price*. A Neuroscientist’s Journey of Self-Discovery That Challenges Everything You Know About Drugs and Society. New York: Harper Collins, 2013.
- HESS, H. *Rauchen. Geschichte, Geschäfte, Gefahren*. Frankfurt, New York: Campus, 1987.
- HUSAK, DN. *Drogas y derechos*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ILCHMANN, S. Thousands dead as a result of Thailand’s „war on drugs“. *World Socialist Web Site*, 9 May 2003 (on-line).
- JELSMAN, M. *Ungass 2016: Prospects for Treaty Reform and UN System-Wide Coherence on Drug Policy* 2015.
- KELLY, KC. *The Volstead Act and Related Prohibition Documents*. Washington, D.C.: National Archives and Records Administration (ERIC Number: ED463204), 2000.
- KENDALL J. Report: Beer Volumes Declining in Markets Where Recreational Cannabis is Legal. *Brewbound*, 29 Nov 2016 (on-line).
- LANDESCO, J. *Organized Crime in Chicago*. Chicago: University of Chicago Press, 1929.
- LEAGUE OF NATIONS UNION. *The League and the Drug Traffic*. London, 1934.
- LERNER, MA. *Dry Manhattan: Prohibition in New York City*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.
- Licit and Illicit Drugs*. The Consumers Union Report on narcotics, stimulants, depressants, inhalants, hallucinogens, and marijuana – including caffeine, nicotine and alcohol. By Edward M. Brecher and the Editors of Consumer Reports Magazine. Boston: Little, Brown & Co., 1972.
- MENDELSON, JH.; MELLO, NK. *Alcohol: Use and Abuse in America*. Boston, Little, Brown 1985.
- MIRON, JA. 1999. Violence and the U.S. prohibitions of drugs and alcohol. *American Law and Economics Association*, 1, p. 78-114, 1999.
- MIRON, JA. *Drug War Crimes: The Consequences of Prohibition*. Oakland: Independent Institute, 2004.
- MOORE, MH. Actually, Prohibition Was a Success. *The New York Times*, 16 Oct. 1989.
- MORGAN, JP. The Jamaica Ginger Paralysis. *JAMA*, 1982, 248(15), 1864-67.
- NADELMANN, EA. Thinking Seriously about Alternatives to Drug Prohibition. *Daedalus*, 121(3), p. 85-132, 1992.

- NADELMANN EA. Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society. *International Organization*, 44, p. 479-526, 1990.
- OKRENT, D. *Great Fortune: The Epic of Rockefeller Center*. New York: Viking Press, 2003. p. 246-7.
- RENBORG, BA. International Control of Narcotics. *Law and Contemporary Problems*, 22, p. 86-112, 92, 1957.
- RINELLA, MA. *Pharmakon: Plato, Drug Culture, and Identity in Ancient Athens*. Lanham, Plymouth: Lexington Books, 2010.
- ROMANIELLO, MP.; STARKS, T. *Tobacco in Russian History and Culture: From the Seventeenth Century to the Present*. New York and London: Routledge, 2009.
- SCHMÖLDERS, G. *Die Prohibition in den Vereinigten Staaten*. Leipzig C.L. Hirschfeld, 1930.
- SINCLAIR, A. *Prohibition: Era of Excess*. Boston: Little, Brown & Co., 1962.
- TERRY, CE.; PELLENS, M. *The Opium Problem*. New York: Bureau of Social Hygiene, 1928.
- TEUBNER, G. Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions. *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporat, Antitrust and Social Welfare Laws*. Berlin and New York, de Gruyter: 3-48.
- THALER, RH.; SUNSTEIN CR. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, 93, p. 175-79, 2003.
- THORNTON, M. Alcohol Prohibition Was A Failure. Cato Institute. *Policy Analysis*, Washington, D.C., 157, 1991.
- TRANSFORM. *The Benefits of Legal Regulation*. Bristol, 2017 (on-line).
- TRANSFORM. *After the War on Drugs: Blueprint for Regulation*. Bristol, 2009 (on-line).
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUGS AND CRIME (UNODC). *A Century of International Drug Control*. New York, 2010.
- VALOIS, LC. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido 2016.
- WERB, D.; KERR, T.; NOSYK, B.; STRATHDEE, S.; MONTANER, J.; WOOD, E. The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems. *British Medical Journal Open*, v. 3, issue 9, 2013.
- WODAK, A. Ethics and Drug Policy. *Psychiatry* 6, 2007, 59.T.
- ZINBERG, NE.; HARDING, WM.; WINKELLER, M. A Study of Social Regulatory Mechanisms in Controlled Illicit Drug Users. *Journal of Drug Issues*, 7, p. 117-33, 1977.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas**

- A falência do proibicionismo, de Meg Francieli Svistun e Alencar Frederico Margraf – *RT* 953/179-200 (DTR\2015\1545); e
- Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 123/259-300 (DTR\2016\24036).